

UNIVERSITE DE LILLE II – CENTRE RENE DEMOGUE – DROIT DES CONTRATS

Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion

D.E.A. DE DROIT DES CONTRATS, OPTION DROIT DES AFFAIRES

2002 – 2003

Le traitement de l'inexécution (la breach of contract)

Mémoire rédigé sous la direction de

Madame le Professeur S. Le Gac-Pech

Jean-Frédéric CARTER

L'Université n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les mémoires, ces opinions doivent être considérées comme propre à leur auteur.

Document téléchargé sur : <http://edoctrale74.univ-lille2.fr>

PREMIERE PARTIE LA PRESENTATION DE LA BREACH OF CONTRACT (pp. 6-34)

Chapitre 1 : L'historique de la *breach of contract* (pp. 7-18)

I. *remedies precede rights* (1066-1450) (pp. 7-12)

II. L'orientation contractualiste (1450-1602) (pp. 12-17)

1. L'Equity (pp. 13-15)
2. La Common Law (pp.15-17)

III. La simplification moderne (pp. 17-18)

Chapitre 2 : Le fonctionnement de la *breach of contract* (pp. 19-34)

I. Sa place parmi les autres modes de termination du contrat (pp. 19-22)

II. Sa signification (pp. 22-25)

1. Exemple et contre exemple d'*actual breach* (pp. 24-25)
2. *Anticipatory breach* (p. 25)

III. Les remèdes attachés à la *breach of contract* (pp. 26-31)

1. L'option: *affirm or discharge the contract* (pp. 26-28)
2. La permanence : les *damages* (pp. 28-29)
3. Le recours éventuel à l'Equity (pp. 30-31)

IV. Le particularisme américain (pp. 31-34)

DEUXIEME PARTIE LES ATOUTS DE LA BREACH OF CONTRACT (pp. 35-63)

Chapitre 1 : Son adaptation à la vie des affaires (pp. 36-55)

I. La distance prise avec la conception morale (pp. 36-44)

1. L'économie de la faute en Common Law (pp. 36-38)
2. Le recours à la faute en droit français (pp. 38-44)
 - a. La notion de faute (pp. 38-42)
 - b. La conception morale du contrat (pp. 42-44)

II. Les ressorts de l'analyse économique (pp. 44-54)

1. Le traitement de l'inexécution efficiente (pp. 47-52)
2. Le traitement de l'inexécution en général (pp. 52-54)

Chapitre 2 : Sa réception par le droit du commerce international (pp. 55-63)

I. Dans les textes (pp. 55-62)

1. La Convention de Vienne (pp.56-57)

2. Les principes d'UNIDROIT (pp. 59-60)

3. Les principes du droit européen des contrats (pp. 60-61)

II. Dans l'esprit (pp. 62-63)

Bibliographie (pp. 64-73)

Dans le débat qui anime actuellement la communauté juridique européenne, nous remarquons quelque chose d'évident : les adversaires¹ comme les partisans² d'un code européen en parlent comme d'un événement dont la survenance devient chaque jour plus certaine. P. Legrand, dans son article « Sens et non-sens d'un code civil européen », réagit aussi violemment contre l'idée d'un code civil européen parce que justement, il sent le mouvement favorable décidé à aller au terme de la

¹ P. Legrand, « Sens et non-sens d'un code civil européen », Revue Internationale de Droit Comparé, numéro 4, 1996.

² C. Witz, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », Recueil Dalloz 2000, Chroniques, p.79.

démarche³. P. Legrand n'a pas de mots assez durs pour condamner ce qui semble pourtant une véritable « révolution copernicienne »⁴, capable de positivement bouleverser nos microcosmes juridiques. Quel que soit donc le côté où l'on se situe, l'on est conscient de l'imminence et de l'importance des événements. Le sujet est traité avec le plus grand sérieux, même s'il l'est moins bien chez nous que dans beaucoup de pays européens⁵. Comme le précise C. Witz⁶, l'enjeu ici sera pour la Communauté Européenne de choisir des règles attractives pour les entreprises, et il ne s'agit pas que des grandes entreprises. La pratique commerciale internationale a besoin de règles sûres ou, à défaut, de règles efficaces. Au niveau international, la concurrence est suffisamment efficace pour rendre les efforts d'harmonisation européenne pertinents et potentiellement fructueux⁷. Ce code sera un moyen de garantir aux investisseurs des règles attractives, sûres, et communes à tous les pays du marché commun. Selon les mots de E. Hallstein, premier président de la Commission Européenne, il s'agit surtout de faire en sorte que : « dans tout le grand espace communautaire, des faits égaux (soient) traités de manière égale, et ceci de par la loi »⁸.

Dans la perspective de cet « Eurocode » (qu'il soit civil, des obligations ou des contrats), nous pouvons nous interroger sur les règles qui seront choisies comme « guidelines » ou à tout le moins comme source d'inspiration. La question, pour les juristes français conscients des réalités, est claire : notre droit (français) est-il encore attractif ? Peut-il encore avoir un rôle concret dans la définition des futures règles communautaires ? Il faut le reconnaître, notre droit a été grand. Il a rayonné en Europe avec les Codes Napoléon, il a diffusé ses concepts en Europe de l'Est (Pologne, Roumanie), en Afrique du Nord (Maroc, Tunisie), au Proche Orient (Liban, Israël). Il a toujours de grands avantages : notre droit est écrit (car, malgré l'opinion couramment répandue, l'écrit est la voie choisie par le droit communautaire, à la différence de la Common Law...), notre droit est l'expression de la volonté d'un peuple gouverné démocratiquement, notre droit est un droit riche en théorie(s) et un

³ Voir en ce sens les résolutions du Parlement Européen du 6 Mai 1994, publiée au J.O.C.E. 1994, C. 205, pp. 518 et s., et du 26 Mai 1989, publiée au J.O.C.E. 1989, C. 158, pp. 400 et s.

⁴ C. Witz, op. cit., p 84, C in fine.

⁵ C. Witz, op. cit., p. 79.

⁶ C. Witz, op. cit., p 81.

⁷ J. Basedow, « Un droit commun des contrats pour le marché commun », Revue Internationale de Droit Comparé, numéro 1, 1998, p 20 : « V. L'Unification et la Concurrence des Ordres Juridiques ».

⁸ E. Hallstein, « Angleichung des Privat und prozessrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft », *RabelsZ* 28, 1964, pp. 211, 230.

droit riche d'expérience, un droit véhiculé par une langue de qualité, à défaut d'être encore un des plus parlées, et surtout notre droit est un droit codifié. Le président P. Bézard nous fait partager à ce sujet son expérience de coopération juridique, en nous évoquant une scène rassurante : « Ces fameux codes napoléoniens actualisés sont toujours d'exceptionnels produits d'appel pour le droit français. Il y a dans ces petits livres rouges que transporte le coopérant dans ses bagages et qu'il dispose sur sa table de conférence pour s'y reporter constamment, quelque chose de magique pour les participants étrangers. Ils leur apparaissent comme les bibles du savoir et de l'expérience dans le domaine du droit. »⁹

Mais notre droit est-il encore grand ? Le droit français n'a peut-être plus les atouts qui lui permettaient de rivaliser encore au début du XX^e siècle avec le droit anglais (rappelons les affrontements loi contre loi sur les sociétés commerciales, et l'adoption en France en 1867 d'une loi qui se voulait libérale pour stopper l'hémorragie de sociétés vers l'Angleterre). Sinon, pourquoi entendrions-nous de la part des hommes d'affaires français eux-mêmes : « (...) le succès du droit français n'est pas souhaitable, car il manque de souplesse et n'est pas adapté aux problèmes financiers et économiques, comme l'est le droit anglo-saxon. »¹⁰ Ce dernier jouit d'une réputation de flexibilité, de pragmatisme, et de bienveillance pour les opérations économiquement efficaces.

Il est vrai que la Common Law est orientée vers la pratique du droit plus que vers la théorisation de celui-ci : elle est l'archétype des droits prétoriens. La Common Law (ou « le » Common Law, peu importe, puisque les deux justifications, grammaticale et étymologique, se valent) étant le droit des pays les plus puissants du monde (Etats-Unis d'Amérique, Canada, Australie, Royaume-Uni...) et un droit parfaitement intégré dans tous les pays du Commonwealth, s'impose donc comme un adversaire des droits de tradition romano-germanique, surtout dans le contexte d'une codification européenne. L'Europe n'est bien sûr pas le seul territoire sur Terre où les deux systèmes cohabitent : les Etats-Unis en sont un autre exemple. Mais l'Europe est le seul où les deux systèmes doivent s'accorder d'égal à égal, et non pas d'Etat fédéré à Etat fédéral, le lien de subordination amenant la Louisiane à réserver son droit civil aux affaires intérieures qui n'auraient (de plus) aucune influence sur le commerce inter-états.

⁹ P. Bézard, « Le droit français est-il encore exportable ? », in *Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda, Propos Impertinents de Droit des Affaires*, Dalloz, 1998.

¹⁰ P. Bézard, *op. cit.*, intro.

La Common Law est réputée plus adaptée à la vie des affaires et de là, plus attrayante pour une Europe en compétition économique avec les Etats-Unis. Cet apparent état de choses nous amène naturellement à nous interroger sur les solutions françaises et, puisque l'expérience est inédite pour un continent « pluri-juridique » (comme l'appelle P. Legrand¹¹), essayons de savoir quelles règles séduiront le législateur européen de demain. Ne pouvant évidemment pas comparer l'ensemble du domaine contractuel et, étant donné qu'il nous fallait choisir un sujet d'étude où les différences n'étaient pas telles que toute comparaison était inutile, nous avons choisi de nous pencher sur une période des relations contractuelles que l'on qualifiera de pathologique : l'inexécution des obligations contractuelles imputable au débiteur de ces obligations.

Premièrement, il se trouve que, dans les deux systèmes que nous allons comparer (le droit français et la Common Law, principalement la version anglaise de celle-ci, pour des raisons d'accessibilité des documents évidentes), le sujet est au centre de vives controverses doctrinales. En France, le débat sur l'existence d'une véritable responsabilité contractuelle n'est pas nouveau : déjà R. Rodière et P. Esmein s'étaient interrogés sur la même question il y a quelques cinquante années¹². Les protagonistes se nomment désormais D. Tallon¹³, P. Le Tourneau, P. Rémy, G. Viney, mais le débat est resté le même. Les opposants à l'existence d'une responsabilité contractuelle telle que nous la connaissons sont même venus dire que, pour une fois, l'exemple à suivre nous viendrait de l'Angleterre¹⁴. En Angleterre justement, le débat est plus large : il ne s'agit pas ici de responsabilité contractuelle uniquement, mais de la question de savoir si la Common Law anglaise a besoin d'une théorie générale du contrat. La question de l'inexécution n'est donc qu'une partie de ce plus vaste débat, mais elle a une importance toute particulière puisque la notion de *breach of contract* (nous l'entendons pour les besoins de cette étude comme l'inexécution totale imputable au débiteur, soit une *actual* ou *anticipatory breach*) actionne des remèdes à l'inexécution provenant de l'Equity et de la Common Law.

¹¹ P. Legrand, op. cit., p. 781.

¹² R. Rodière, « Une notion menacée : la faute ordinaire dans les contrats », Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1954, pp. 14 et s. P. Esmein, « L'obligation et la responsabilité contractuelle », in Mélanges Ripert, Tome II, pp. 101 et s., 1950.

¹³ D. Tallon, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in Ecrits en l'honneur de G. Cornu, pp. 429 et s. D. Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1994, pp. 223 et s.

¹⁴ D. Tallon, op. cit., n°13.

Le choix de cette comparaison est enfin justifié puisque la question de l'inexécution n'est pas traitée de la même façon dans les deux systèmes, et que ces différences nous amèneront à réfléchir sur le formalisme, et sur les concepts sous-tendant ceux-ci¹⁵.

Comparer le traitement de l'inexécution en droit français et en droit anglais, puis tenter de convaincre le lecteur que la Common Law a, dans ce domaine, un avantage certain, telle est la tâche que nous nous sommes efforcés de remplir. Afin de mener à bien notre ambition, nous avons privilégié un plan classique en droit comparé, mais adapté aux nouveaux instruments qui nous sont désormais offerts.

La première partie se veut essentiellement descriptive : nous y découvrirons le traitement de l'inexécution imputable au débiteur en droit anglais à travers l'histoire, et un rappel précis des règles désormais applicables à la *breach of contract*. La seconde partie se veut elle plus prospective, puisqu'elle a pour ambition de juger un ensemble de règles par rapport à l'autre en fonction des intérêts propres à la matière contractuelle. La Common Law nous dévoilera au long de cette étude ses caractères essentiels : aspect pratique indéniable, flexibilité et adaptation naturelle aux besoins de l'économie de marché.

¹⁵ « La comparaison des droits sera culturelle ou ne sera pas », P. Legrand, « Le droit comparé », collection Que sais-je ?, P.U.F., 1999, in fine.

PREMIERE PARTIE LA PRESENTATION DE LA BREACH OF CONTRACT

La connaissance de l'histoire est indispensable lorsqu'on envisage le droit anglais¹⁶. Les juristes de Common Law aiment à dire qu'ils sont les représentants d'une tradition juridique ininterrompue depuis des temps immémoriaux (pour reprendre les termes de cette loi de 1275, toujours en vigueur, qui impose pour qu'une coutume locale soit reconnue, qu'elle ait existé avant l'avènement au trône de Richard Cœur de Lion, soit avant 1189). Il ne nous faut bien sûr pas nous méprendre sur l'exactitude de ces déclarations. Néanmoins, le fonds reste exact : il nous a paru essentiel de revenir sur l'histoire de la *breach of contract*, car elle apparaît essentielle dans la compréhension de concepts tels que les *remedies*. Cet examen sera suivi d'une étude plus technique de son fonctionnement.

¹⁶ R. David et C. Jauffret-Spinozi, « Les Grands Systèmes de Droit Contemporains », 11^e Edition, Dalloz, 2002, p. 225.

Chapitre 1 : L'historique de la *breach of contract*

Les remèdes spécifiques au droit des contrats et déclenchés par la *breach* sont apparus récemment. En Angleterre, le droit des contrats lui-même n'a acquis son autonomie que récemment. Les contrats ont bien entendu toujours existé dans la common law, et les racines des remèdes contractuels remontent à plus de trois siècles. Les contrats ne sont, dans une période que l'on peut dater de 1066 à 1602 pour des raisons que nous verrons un peu plus loin, que des superpositions de promesses concrètes. Pourtant, rien dans le droit anglais médiéval ne protégeait les contrats. Glanvill le remarquait déjà au XII^e siècle : « Les conventions privées ne sont pas, de façon générale, protégées dans les cours de notre seigneur le Roi. » Cette citation est caractéristique de l'esprit de cette époque à l'égard des contrats. Nous avons choisi de diviser cette période en deux sous-périodes en suivant une rupture dans le milieu du moyen-âge dans la continuité de la Common Law : la première décrit la découverte du contrat par la Common Law (I), la seconde décrit le perfectionnement des solutions apportées à l'inexécution du contrat (II), et nous avons choisi aussi d'ajouter un rapide survol de la période moderne (III) pour rendre compte des dernières modifications (mineures) en droit anglais des contrats.

I. *Remedies precede rights (1066-1450)*

Justifions tout d'abord notre découpage chronologique. Dans les livres d'histoire du droit anglais¹⁷, nous ne rencontrons pas des découpages en fonction de l'évolution du droit mais plutôt en fonction des dynasties au trône. Nous ne parlerons pas ici de la période antérieure à la conquête normande : il ne s'agit pas à proprement parler d'une étude historique ; les capacités, et le temps, nous

¹⁷ J.H. Baker, « An Introduction to English Legal History », 3^e Edition, 1990, Oxford University Press. Ibbetson, « A Historical Introduction to the Law of Obligations », 1999, Oxford University Press. A.W.B. Simpson, « A History of the Common Law of Contract », 1999, Oxford University Press, Clarendon Press.

manqueraient pour chercher les traces (déjà floues après 1066) d'un droit des contrats, avant l'arrivée de Guillaume le Conquérant. Les historiens ne retiennent, en général, que le fait que les lois écrites avant 1066 le sont en langue anglo-saxonne, et non en latin comme dans le reste de l'Europe¹⁸. L'année 1066 semble donc être un satisfaisant point de départ. Notre période ne suit pas, vous l'aurez remarqué, les dynasties, puisque les Tudors arrivent au pouvoir en 1485. P. Legrand¹⁹ date le changement au milieu du XV^e siècle, et non pas juste à l'arrivée au pouvoir des Tudors. Leur absolutisme ne fera qu'accélérer le développement du droit anglais, mais le mécontentement des sujets de Common Law avait débuté plus tôt. Nous avons donc artificiellement clos cette période en 1450, pour ne pas y inclure la dynastie des Tudors.

En 1066, le droit anglo-saxon n'est qu'un droit rudimentaire, et en aucun cas commun à tout le Royaume d'Edouard le Confesseur. Il s'agit d'un droit local, féodal. L'ambition de conquête de Guillaume le Conquérant passe par une consolidation du droit anglo-saxon, et, pour cela, il se déclare « *fountain of justice* », source de toute justice. Il se déclare aussi seul propriétaire terrien (il reste toujours aux mains de la couronne d'Angleterre un immense territoire), et installe ses fidèles barons à la place des seigneurs locaux. Il nomme dans toutes les grandes villes un *Sheriff*, son représentant officiel. Guillaume fait en sorte que les justiciables fassent de plus en plus appel au Roi pour rendre la justice, et la *Curia Regis* doit se spécialiser pour faire face à ce surcroît de recours. Guillaume ne verra pourtant pas la première pierre à l'édifice de la Common Law (ou le premier chapitre du roman si nous reprenons la métaphore de la « *chain novel* » de R. Dworkin). Henri II va concrétiser ses efforts et les pérenniser en 1166, lorsqu'il désigne des conseillers qui rendront la justice royale en son nom. Ces juges seront itinérants, et contribueront nettement à l'accroissement de la compétence des cours royales. Ces juges, par l'intermédiaire de la puissance royale, dispensent ce qui deviendra la Common Law et qui est connu, à l'époque, sous le nom de « *comune ley* » (première référence à ce terme dans des recueils datés de 1180).

Partant de cette organisation matérielle, la justice royale n'est pas automatique. Elle garde le caractère de justice d'exception (pour « les grands personnages et les grandes causes », précisent R. David et C. Jauffret-Spinosi). Il faut, pour l'obtenir, se

¹⁸ R. David, C. Jauffret-Spinosi, op. cit., p. 226, n° 217.

¹⁹ Cours d'Initiation au Droit Anglais, dispensé à l'Université de Lille 2, 1998-1999.

faire délivrer un *writ*, par l'homme qui deviendra un personnage central du droit anglais dans la période suivante, le Lord Chancellor, ou se plaindre auprès d'un des juges royaux, en espérant que le cas sera jugé suffisamment important pour être tranché par la Couronne. Sans ces cas d'opportunité, il fallait donc que les faits rentrassent dans la liste limitative des *writs* (la première est datée de 1227 et contient 56 *writs*, on en dénombrait seulement 76 six siècles plus tard, en 1832). La Common Law montre ici un visage intéressant, qui a provoqué de nombreux débats au XX^e siècle (avec l'entrée dans l'ère des droits de l'homme): le système de Common Law ne vise pas à protéger des droits, mais organise les procédures par lesquelles les litiges seront tranchés de façon plus « efficiente » (avant la lettre). C'est l'idée traduite par l'adage « *remedies precede rights* » : avant de penser à la solution donnée à un litige, il faut penser à la *form of action* ou *remedy* (remède pour nos développements) qui permettra de déclencher la procédure. L'intérêt pour la procédure (afin de garantir un procès juste) est tel, à cette époque, que les chroniques judiciaires (les « Year Books », écrits en français juridique, qui retracent l'évolution de la Common Law de 1290 à 1536) ne relatent quasiment jamais la solution donnée au fond du litige.

Nous commençons à apercevoir ce qui rendra l'émergence de remèdes spécifiques aux contrats très difficile. La liste des *writs* étant close, et comme nous l'avons précisé, les contrats n'étant pas protégés par les cours royales, il faudra que les juristes anglais développent des trésors d'ingéniosité pour faire rentrer les actions contractuelles dans un cas existant. Il faudra donc faire plier le cadre strict des *forms of action* pour trouver le remède adapté aux litiges contractuels. Les actions ouvertes ne sont donc pas spécifiques au domaine du droit des contrats qui n'est pas encore considéré, loin s'en faut, comme un domaine à part. Parmi les actions autorisées, on peut en distinguer trois qui vont servir à la protection des intérêts des contractants.

a. Nous étudions les deux premières ensemble car elles ont été les premières chronologiquement à être utilisées. Elles sont, en effet, complémentaires : l'une servait à protéger la propriété acquise par un contrat (c'est le *writ of detinue*), l'autre servait à rendre une promesse exécutoire (c'est le *writ of debt*).

- La logique qui a amené les juristes anglais à utiliser le *writ of detinue* est assez évidente : un objet détenu de façon irrégulière a vocation à retourner à son propriétaire légitime. Tel est le cas de la propriété cédée en vertu d'un contrat et

pour laquelle le vendeur n'aurait reçu aucun prix. Les juristes ont cherché à étendre cette logique à d'autres cas et ce *writ* s'est appliqué aux situations connexes : le bail, l'emprunt, le dépôt, le contrat de transport... Le critère étant seulement celui de possession illégitime, ce *writ* ne permettait pas de trancher toutes les situations contractuelles.

- L'utilisation du *writ of debt* est plus subtile : il s'agit ici de rendre une promesse exécutoire. Comme l'intitulé du writ le laisse entendre, il doit exister une dette entre les parties. Celle-ci est en fait matérialisée par n'importe quel document, même abstrait (un engagement oral), dans lequel le défendeur reconnaît être débiteur. Il n'y a aucun besoin de savoir si le débiteur présumé a véritablement consenti : il suffit de constater l'existence de la dette et de la reconnaissance de dette.

L'utilisation de ce *writ* était cependant encore moins naturelle que celle du précédent, et les procédures engagées par ces deux *writs* n'étaient pas pleinement satisfaisantes. Surtout, ces moyens étaient hautement tributaires des faits de l'espèce : en d'autres termes, il fallait trouver une base générale de protection des engagements contractuels.

b. Il a donc fallu recourir à un autre moyen pour protéger les contrats, et ce moyen est venu du domaine délictuel. Il s'agit du *writ of trespass*, une action en transgression. Utilisé à l'origine pour protéger la propriété de façon physique, c'est-à-dire sanctionner les atteintes illégitimes au corps, à la terre ou aux biens du demandeur, il sera utilisé pour sanctionner les inexécutions contractuelles. Nous allons voir apparaître désormais les ancêtres des remèdes contractuels modernes. Le premier cas pour lequel le *writ of trespass* a été ouvert aux contractants a été le cas de *misfeasance* : il fallait pour y recourir qu'un engagement ait été pris, qu'il ait été mal exécuté, et que, de cette mauvaise exécution, résulte pour le créancier un dommage. Les conditions sont encore très strictes, mais l'utilisation de ce *writ* n'est plus réservée à un type d'engagement contractuel. Calquée sur la responsabilité délictuelle, il s'agit de la première base générale de responsabilité contractuelle en Common Law. Nous pouvons y reconnaître aisément l'ancêtre de la « breach of contract » et plus spécialement la *partial breach*.

Après une longue évolution, les juges reconnaissent enfin le cas de *non-feasance* : le cas où le débiteur n'a pas exécuté du tout. Il s'agit ici de la forme primitive de l'*actual breach*.

Pourtant, cette nouvelle forme d'action n'était pas non plus satisfaisante : trop proche de la responsabilité délictuelle naissante (qui utilisait aussi l'action en transgression), les remèdes contractuels demeurent restreints. La condition d'un dommage corporel ou aux biens fait que l'action de « debt » a toujours vocation à s'appliquer dans les affaires où le créancier n'a pas subi de préjudice suffisant, ou lorsque le préjudice n'est que potentiel. A côté de la compensation accordée par les trois cours de Common Law, il fallait d'autres remèdes, plus adaptés aux litiges sur la propriété terrienne par exemple. Il fallait aussi trouver un cadre de responsabilité encore plus général pour que toutes les actions contractuelles soient possibles.

Il faut également noter qu'il existait une action spécifique aux contrats unilatéraux et/ou gratuits : l'action en *covenant*. Cette action sanctionnait le manquement à l'engagement pris, mais les juges de Common Law y avaient ajouté une condition : il fallait que le papier ait été marqué d'un sceau. Cette procédure ne s'appliquait pas à ce que nous appelons, en droit français, les contrats synallagmatiques. L'action de *covenant* est importante en ce qu'elle porte en elle, et dans les remèdes qui y sont attachés, le principe des futurs *damages*. En effet, puisque les contrats soumis à cette action n'étaient que des engagements unilatéraux non exécutés, le *writ* ne prévoyait qu'un dédommagement financier. C'est grâce au schéma procédural de cette forme d'action que l'embryon de *breach of contract* va acquérir ses caractères définitifs. Il s'agissait de véritables *damages*, évalués, comme à l'heure actuelle (nous ne traiterons pas ici de l'évaluation du préjudice), selon le principe de l'exécution par équivalent.

Cet ensemble de solutions (*trespass* et *covenant*) est resté tel pendant trois siècles. Mais si la logique du *trespass* était une base idéale pour un principe général de traitement de l'inexécution, la solution amenée par le *covenant* était plus adaptée à la nature des relations contractuelles. La Common Law, sclérosée dans les *forms of action*, qui, depuis 1258²⁰, n'avaient plus vocation à se renouveler, ne satisfaisait plus les justiciables. Le mécontentement du peuple anglais au milieu du XV^e siècle forcera les juridictions à réagir. Mais ce ne seront pas les juridictions de Common Law qui trouveront la solution, mais la juridiction du Lord Chancellor. La doctrine de l'Equity, système juridique proche du droit canon (le Lord Chancellor étant homme d'église), fera « oeuvre de charité » envers ces populations déçues (selon la doctrine

²⁰ Date à laquelle un édit royal a interdit de créer de nouveaux writs.

de l'Equity : « les sujets demandent au Roi d'intervenir pour satisfaire à la conscience et en oeuvre de charité »).

II. L'orientation contractualiste (1450-1602)

Cette période est d'une richesse juridique conséquente en Angleterre. La rivalité entre la Common Law et l'Equity poussera l'une et l'autre à trouver de nouveaux moyens pour satisfaire les sujets. Il existe à cette époque une véritable concurrence entre les deux systèmes, dont le seul arbitre fut la Couronne. Les plus grands progrès viendront donc de cette émulation, et nous étudierons successivement ce que l'Equity (1) et la Common Law (2) ont apporté au traitement de l'inexécution contractuelle.

1. L'Equity

Dès le milieu du XIV^e siècle, les sujets mécontents des décisions des juges royaux prennent l'habitude de porter leur affaire directement auprès du Roi. Si les tribunaux royaux fonctionnent mal, le Roi doit y remédier.

En effet, le système de Common Law comprenant trois cours royales (la *Court of Exchequer*, *Court of Common Pleas*, et le *King's Bench*, qui existent encore toutes aujourd'hui), laissait beaucoup de litiges en l'état (lorsque aucun *writ* n'était disponible) ou apportait des solutions inadaptées. Il existait alors une procédure d'exception (nous le soulignons) pour juger ces cas à nouveau et sans appel : solliciter le Lord Chancellor pour qu'il transmette le litige au Roi, celui-ci statuant sur ce que le Chancelier a jugé bon de lui transmettre. Il va de soi que, depuis le XIV^e siècle jusqu'au XV^e siècle, cette voie était entendue comme étant ouverte exceptionnellement. La raison était claire : il ne fallait pas que le Roi désavoue régulièrement la Common Law, que la Couronne avait mis tant d'années à mettre en place.

Mais les circonstances décidèrent pour le Roi : les temps guerriers du XV^e siècle lui rendirent la tâche difficile (Henri V ne rouvre-t-il pas la Guerre de Cent Ans en 1415 en réaffirmant ses droits au trône de France ?). Le temps lui manquait pour siéger en son conseil, et le conseil lui-même avait trop à faire avec les Grands du

Royaume, qui négociaient la levée des impôts de guerre (comme l'imposait la *Magna Carta*). Le Chancelier se vit alors déléguer tous les pouvoirs ordinaires du Roi en son conseil en matière de justice. Le Lord Chancellor est un homme d'église, il connaît le droit canon, et s'il juge sous le couvert de « l'équité du cas particulier »²¹, il apporte en fait des correctifs à la Common Law en s'inspirant fortement des principes canoniques. L'absolutisme des Tudors, arrivés au trône en 1485 après la chute de la maison d'York, va encore renforcer les pouvoirs du Chancelier. Ce dernier n'est plus, à partir de 1529, qu'un juriste. Il ne s'occupe plus que des plaintes déposées auprès de la Couronne. Le Roi y trouve un avantage, bien que renforcer les pouvoirs de la Chancellerie signifie mettre en péril la domination voulue de la Common Law : la procédure écrite, inquisitoire et secrète de la Chancellerie favorisent les manœuvres politiciennes des Tudors. De même, la découverte des adages canons, s'accommodant bien de l'absolutisme royal (comme en France) intéresse la famille royale. Tous ces facteurs font que l'essentiel des litiges contractuels vont subir l'influence de l'Equity.

En matière de contrats, c'est donc le Chancelier qui va faire progresser le droit anglais. Puisque les problèmes sont nés de la trop grande rigidité de la Common Law, l'Equity va donc faire montre d'une souplesse salvatrice. Point de *forms of action*, point de *writs*, l'Equity est un système moins formaliste que la Common Law. Profitant alors de son surcroît de pouvoir, le Chancelier s'empare des litiges contractuels. Au cours du XVI^e siècle, la *Court of Chancery* s'inspire du *pacta sunt servanda*. Le Chancelier réagit, ce faisant, aux litiges méconnus par la Common Law, et qui portent sur des contrats qui ont besoin d'être exécutés parce qu'il n'existe pas d'équivalent sur le marché (c'est le cas des contrats portant sur la *real property*) ; il invente donc un nouveau remède : la *specific performance*, qui peut être comparée (au moins pour les besoins de cette démonstration historique) à notre exécution forcée. Le chancelier s'est pareillement accordé le droit d'adresser des ordres aux contractants défaillants sous la forme de *injunction*. C'est également le Chancelier qui reconnaîtra l'existence de vices du consentement, inconnus de la Common Law.

Mais ce qui nous intéresse au premier plan est l'invention de la *specific performance*. L'Equity ne pouvait pas accorder des dommages-intérêts, car, même si « *Equity follows the Law* », les *damages* restent un remède protégé de la

²¹ R. David et C. Jauffret-Spinozi, op. cit., p. 237.

Common Law. Il est également intéressant de remarquer, que pour traiter des contrats, l'Equity ne « parle » pas le même langage que la Common Law. Pour ne pas froisser la suprématie de cette dernière, on ne parle pas en Equity de *contracts*, mais d'*equitable interests*. On y défend des intérêts, et notamment l'intérêt légitime à voir exécutée la prestation promise. Mais les deux actions (en Common Law et en Equity) pouvaient être cumulées, puisqu'un contractant pouvait avoir besoin de faire exécuter la promesse et demander dans le même temps des dommages-intérêts pour le retard dans l'exécution. Mais l'Equity n'est pas un système régulier : le jugement de la *Court of Chancery* est purement discrétionnaire. Pour avoir une chance d'être accueillie, la demande doit satisfaire beaucoup de critères, immortalisés par des adages : « *He who comes to Equity must come with clean hands* », qui équivaut à notre « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* », preuve, si besoin était, que le droit anglais n'est pas resté indemne face aux doctrines de droit romain. Après les *Judicature Acts* (1873-1875), les juridictions de la Chancellerie se réduisent désormais à une *Chancery Division* en première instance, mais surtout elles perdent leur monopole de l'Equity. Toutes les cours peuvent juger en Common Law et en Equity. Mais le caractère discrétionnaire reste, sous réserve que le requérant en fasse la demande expresse.

Depuis 1621 (date à partir de laquelle la *House of Lords* acquiert le contrôle sur la *Court of Chancery*), il existe un consensus tacite au sein de la communauté juridique anglaise pour ne pas faire évoluer l'Equity d'avantage. C'est donc la Common Law qui va devoir à nouveau se développer en parallèle pour faire face aux revendications des requérants.

2. La Common Law

Fondamentalement, les solutions aux litiges contractuels apportés par la Common Law ne vont pas évoluer jusqu'au XVI^e siècle. Durant ce siècle, la concurrence avec le système de l'Equity a incité les juges à faire progresser les *forms of action*. Les juges et les juristes portent leur efforts sur la recherche d'un principe général pour compenser les inexécutions contractuelles. Dans le haut moyen-âge anglais, les contrats prennent une place de plus en plus importante, par rapport aux échanges ou aux dons. Rappelons que, dans beaucoup de droit nordiques (les droits scandinaves), le don comprenait une obligation de réciprocité.

Le don se rapprochait ainsi du contrat, à la différence près que le contrat avait pour but de négocier le contre-don.

Les contrats (synallagmatiques) n'étaient sanctionnés, en droit anglais, que par une action en *trespass*, nous l'avons vu, action contraignante pour les plaideurs. Son origine délictuelle fait que lui sont attachées des règles embarrassantes : intransmissibilité de l'action, nécessité de prouver une faute, et nécessité d'établir avec précision le montant du préjudice résultant de l'inexécution. Ces obligations procédurales sont lourdes et vouent beaucoup de plaintes à l'échec. Comme le *covenant* est réservé aux engagements unilatéraux scellés, les juristes anglais ont encore du faire évoluer la Common Law de façon artificielle.

Les *forms of action* contenaient des sous-espèces, correspondant aux hypothèses concrètes d'ouverture des cas les plus courantes. Pour le *trespass* que nous avons vu plus haut, il s'agissait du *trespass to land*, du *trespass to goods*, du *trespass to body*, et de l'action d'*assumpsit* relative aux contrats. L'action d'*assumpsit* tire son nom du premier mot du *writ*, dont voici la première phrase : « Il assuma et promit fidèlement de faire cela pour le demandeur »²². C'est cette action qui, en se détachant du *trespass on the case*, va devenir la base du traitement de l'inexécution. Nous remarquons tout de suite un caractère remarquable de la Common Law of contract : le contrat est une superposition de promesses fidèles, mais il n'est pas un tout. Il n'existe pas de point de rencontre des volontés, elles existent indépendamment l'une de l'autre. Chacune des promesses a donc vocation à être honorée et les demandeurs agissaient sur ce motif. L'action d'*assumpsit* va se servir de l'analogie des raisonnements pour identifier sa solution à celle du *covenant*. Parce que les promesses peuvent être traités comme deux engagements unilatéraux simultanés, les juges ont accepté de les sanctionner avec des dommages-intérêts. Le *covenant* restant, lui, un moyen d'agir sur des contrats formels, le simple promesse unilatérale tombant elle aussi dans le giron de l'action d'*assumpsit*. Un petit bémol subsistait toujours : le demandeur devait prouver, en fait, un *special assumpsit*, c'est-à-dire qu'il devait prouver que le débiteur s'était expressément engagé à s'exécuter. Le formalisme des *forms of action* régnait toujours... Il faudra aux justiciables attendre 1602 et le *Slade's case*²³ pour avoir un principe complet et d'application générale. Dans cette affaire, les juges ont établi dans leur *ratio*

²² R. David et C. Jauffret-Spinozi, op. cit., p. 233.

²³ R. David et C. Jauffret-Spinozi, op. cit., p. 233.

decidendi que toute promesse contenait de façon implicite un engagement d'exécuter celle-ci. L'action change alors de nom et s'appelle *indebitatus assumpsit*. La Common Law peut maintenant rivaliser avec l'Equity : elle propose un mécanisme efficace d'exécution par équivalent en cas d'inexécution. Ce sont les *damages* qui jouent le rôle de contre-prestation par équivalent, et cette nouveauté intéresse beaucoup les marchands soucieux de pouvoir. Les contrats qui ne sont pas concernés par cette action sont pris en charge par l'Equity.

L'évolution en matière de concepts est achevée, mais la Common Law doit franchir une autre étape : celle des Révolutions industrielles et du commerce florissant de la Grande-Bretagne du XIX^e siècle.

III. La simplification moderne

L'évolution s'est prolongée, amenant de nombreuses améliorations. En 1832-1833, c'est un acte du Parlement, promu par Lord Brougham²⁴, qui supprima définitivement les *forms of action*. Il n'existe plus désormais de *writs*, ni de noms d'actions spéciales... Le droit anglais ne s'est malheureusement jamais détaché de cette façon de penser le droit. Si les *forms of action* n'ont plus d'influence officielle depuis 1832, elles régissent toujours la procédure. Maitland le remarque au début du XX^e siècle : « *the forms of action we have buried, but they still rule us from their graves* »²⁵. C'est dans le courant du XIX^e siècle que les juges commencent à parler de *breach of contract* pour remplacer l'action d'*assumpsit*, désormais disparue. En effet, la *breach of contract* recouvre la même réalité que l'action d'*assumpsit*, et ouvre le même remède : les dommages-intérêts. Nous retrouverons un exposé du fonctionnement de la *breach of contract* ci-après.

²⁴ Anecdote amusante : Lord Brougham, en tant que Lord Chancellor, lors de son discours monumental (quatre heures) pour défendre la Réforme devant le Parlement (en 1830), avait bu tellement de porto pour étancher sa soif (ses voisins lui remplissaient son verre constamment) qu'il s'écroûlat devant l'assemblée. Il tomba à genoux et supplia ses pairs de ne pas rejeter sa réforme. L'effet du porto fit que la grande réforme ne fut pas adoptée en 1830, mais deux ans plus tard. Anecdote relevée par Lord Denning, « What next in the law ? », Butterworths, 1982, pp. 28-29.

²⁵ F.W. Maitland, « The Forms of Action at Common Law », 1909, 2^e Edition, 1962, p.2.

D'autre part, les idées libérales (à la suite de Jeremy Bentham) triomphent dans toute la Common Law. L'importance des relations commerciales avec les Etats-Unis ouvre aussi les yeux des juristes anglais. Le système de Common Law américain est simple, nouveau et ne connaît pas la lourde hérédité de la Common Law anglaise. Le Parlement décide d'entreprendre un nettoyage des lois désuètes et de mise en ordre (*consolidation*) pour simplifier la Common Law. Toutes ces modifications n'ont pas eu d'effets importants en matière d'inexécution, si ce n'est le regroupement des solutions de l'Equity et de la Common Law sous la bannière de la *breach of contract*.

Chapitre 2 : Le fonctionnement de la *breach of contract*

La *breach of contract* ne constitue pas un thème à part entière dans les manuels de droit anglais. Elle n'est qu'une partie d'un ensemble plus vaste qu'est la *discharge of contract*. Cette ensemble plus vaste est, de façon plus explicite, l'ensemble des modes de termination du contrat. Nous allons voir dans une première partie le place de la *breach of contract* parmi ces modes de termination du contrat (1). Nous verrons ensuite en détail et accompagné d'exemples illustratifs ce qu'est une *breach of contract* (2). Puis, dans un troisième paragraphe, nous nous intéresserons aux remèdes déclenchés pas cette dernière (3). Enfin, nous avons choisi de consacrer un dernier paragraphe au cas particulier du droit américain des contrats, puisque la Common Law américaine représente en matière de contrats un aboutissement de la pensée libérale anglo-saxonne (4).

I. Sa place parmi les autres modes de termination du contrat

Dans les manuels, nous remarquons que, pour une fois en Common Law, l'ensemble des modes de termination du contrat est bien organisé et immédiatement compréhensible. En effet, nous pouvons résumer ces cas de fin des relations contractuelles en quatre espèces:

- le premier grand cas est la *discharge by performance*; la logique est simple et c'est un point commun à tous les droits: la fin du contrat arrive avec la bonne exécution des promesses. Les promesses s'éteignent lorsqu'elles ont été exécutées.
- Le second cas est la *discharge by agreement*; elle résulte d'un accord entre les promettants, qui a pour but d'annuler l'effet de leur promesses.
- le troisième cas est la *discharge by frustration*; c'est une spécificité de la Common Law: ici, la fin du contrat est permise lorsque les conditions d'exécution rendent la promesse tellement préjudiciable à exécuter qu'il convient de décharger les contractants de leurs obligations. Il ne s'agit pas, en Common Law, d'un moyen de défense contre une action en responsabilité contractuelle, mais bel et bien d'une dissolution du contrat pour impossibilité d'exécution.
- la dernière hypothèse de fin du contrat est la *discharge by breach*; nous en verrons le fonctionnement plus loin.
- Il existe néanmoins deux autres modes de termination du contrat, mais ils sont conceptuellement ou pratiquement marginaux. Le premier est la non-survenance d'une condition, qui est importante en pratique mais qui pourrait être rangée dans la bonne exécution du contrat puisqu'il s'agit d'un mode d'exécution prévu dans les conventions. Le second est la *rescission in equity*, qui permet à un contractant de se dégager d'un contrat qui donnerait lieu à un enrichissement injuste à cause d'un vice (rappelons que seule l'Equity reconnaît l'existence de vices du consentement). Mais ce mode est en pratique relativement peu fréquent.

Il faut néanmoins remarquer que la *breach of contract* n'est synonyme d'inexécution que dans les cas des contrats que le droit français appelle "synallagmatiques". Pour les contrats unilatéraux, l'inexécution par le destinataire de l'offre ne peut être analysée comme une *breach*, puisque, par définition, il ne s'est engagé à rien. La résolution des problèmes d'exécution dans les contrats unilatéraux fait appel à d'autres techniques de la Common Law: notamment rechercher la présence d'une *consideration* et actionner le recours de *debt*.

Chacun des modes de termination du contrat dont nous avons fait la liste a pour but de mettre un terme aux relations contractuelles. Mais dans le cas de la *breach*, le créancier a le choix entre plusieurs options dont une est la fin du contrat.

Nous verrons quelles sont les autres options et pourquoi elles ne sont pas secondaires.

Nous pouvons établir ici un point de comparaison avec le droit français: le simplicité et la clarté des solutions de la Common Law permettent aux contractants de situer leur position contractuelle avec exactitude. Il en résulte logiquement une grande sécurité juridique et une meilleure prévisibilité des risques. Le droit français de l'inexécution n'est pas aussi accessible. D. Tallon, dans un article particulièrement critique²⁶, a pu souligner l'aberrante complexité des solutions du droit français. L'auteur a notamment pris l'exemple d'un créancier déçu de la prestation de son débiteur, et qui cherche dans le code civil ou dans les manuels de droit les remèdes dont il dispose. Il est clair que la Common Law est d'un abord moins complexe que la plan du Code Civil (sur ce point au moins).

Evidemment, le droit anglais ne connaît pas les contrats nommés et innomés, ni le fabuleux héritage du droit romain qui nous a amené à adopter des régimes juridiques différents en fonction de la nature du contrat. De plus, cette apparente complexité n'empêche pas que nos remèdes remplissent efficacement leurs rôles. Pourtant, et le comprendre est un des enjeux de cette étude, "le modèle juridique français et la philosophie qui le sous-tend ne circulent plus"²⁷.

D. Tallon²⁸ et P. Grosser²⁹ ont donc cherché à rendre notre droit plus compréhensible et de là plus attractif en réorganisant notre Code Civil. La présentation globale est une des qualités du traitement de l'inexécution par la Common Law, et un des progrès qu'une petite communauté de juristes français souhaite vivement voir s'accomplir.

La clarté de la Common Law ne s'en tient pas à la présentation, c'est aussi une des qualités du fonctionnement de la *breach*.

II. Sa signification

²⁶ D. Tallon, "L'inexécution du contrat: pour une autre présentation", R.T.D.Civ., 1994.

²⁷ C. Jamin, "Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ?", in « Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de Droit Comparé, sous la direction de M. Fontaine et de G. Viney », Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, L.G.D.J., 2001, p.453.

²⁸ D. Tallon, op. cit.

²⁹ P. Grosser, « Les remèdes à l'inexécution : essai de classification », thèse Paris 1, 2000, sous la direction de J. Ghestin.

G. Treitel³⁰ a défini la *breach* selon les termes suivants: "*a breach of contract is committed when a party, without lawful excuse fails or refuses to perform what is due from him under the contract, performs defectively or incapacitates himself from performing.*" Nous pouvons d'ores et déjà noter que, pour que la *breach* soit reconnue, il faut que le débiteur ait inexécuté sans excuse licite. Alors, et comme nous l'avons précisé auparavant, quand intervient la *discharge by frustration*, il ne s'agit pas d'une *breach* puisque les deux parties ont pu prouver une *lawful excuse* pour leur inexécution mutuelle. De même, lorsqu'une partie a rompu le contrat unilatéralement, et que cette *breach* a donné le droit à l'autre partie de mettre un terme aux relations contractuelles, cette partie ne commet pas de nouvelle *breach* si elle refuse d'exécuter le contrat. C'est aussi ici un cas de *lawful excuse*.

Bien que la *breach* puisse prendre la forme de paroles ou d'écrits (comme un refus express d'exécuter), elle peut ne pas être matérialisée du tout. La preuve d'une *breach* peut résulter de la conduite du contractant qui se met lui-même en mauvaise position pour exécuter le contrat, ou qui l'exécute visiblement mal. Quand il est allégué qu'une partie s'est rendue elle-même incapable d'exécuter, sa capacité à tout de même exécuter doit être appréciée sur une échelle de probabilité (afin d'ouvrir le *right to cure*, un droit de se rattraper, passible tout de même de *damages* si retard). La chose est aisée lorsque, par exemple, le contractant a vendu la chose-objet du contrat à une tierce personne, mais il est beaucoup plus difficile de le faire lorsque le contractant est entré dans d'autres relations contractuelles incompatibles avec les précédentes. En effet, le fait qu'une partie soit entrée dans des relations contractuelles incompatibles avec d'autres "ne veut pas nécessairement dire qu'il est dans l'incapacité d'exécuter le premier contrat, à moins que les nouvelles obligations soient tellement contradictoires qu'il n'y a pas d'alternative"³¹.

La question de la survenance d'une rupture dépend également des termes mêmes du contrat. Il n'existe pas, en Common Law, de principe général qui puisse dispenser le juge d'une attentive analyse des termes du contrat. C'est sur le demandeur que repose la preuve de la *breach* bien sûr. C'est donc à lui de prouver, le cas échéant, le contenu du contrat. Mais il n'a pas à prouver une faute du débiteur pour prouver la *breach*. En fait, c'est ici une différence majeure avec le droit français.

³⁰ G. Treitel, « Introduction to Contract Law », Clarendon Press, 1995, p.5.

³¹ "does not in itself necessarily establish [an inalienability to perform], unless these obligations are of such a nature or have such an effect that it can truly be said that the party in question has put it out of his power to perform", Alfred C. Toepfer International GmbH v. Itex Hagrani Export SA, 1993, 1 Lloyds Rep., 360, 362.

Même si les cas de responsabilité pour faute présumée se multiplient dans notre droit, la différence ne se fait plus au niveau des concepts, ni des mécanismes (semblables lorsqu'il s'agit d'une responsabilité pour faute présumée), mais au niveau de la mentalité: l'inexécution n'est pas synonyme de faute en Angleterre. Elle ne l'est plus depuis le Moyen-Age.

La stricte causalité en cas de *breach* est généralement illustrée par le fait qu'il n'existe aucun moyen de défense selon lequel la *breach* a été causée en toute bonne foi. La partie innocente ne doit prouver que la *breach*. Parfois, lorsque le contrat insistera sur un soin particulier à apporter à l'opération, les juges s'interrogeront sur la diligence du débiteur, sans toutefois parler de faute contractuelle. Les juges se demandent juste si les soins spéciaux ont été inférieurs à une "*reasonable expectation*". Ce critère d'attente raisonnable (et non légitime) permet de juger en fonction de ce qui était humainement possible. D'autant plus que ce critère permet une adaptation aux circonstances de l'espèce, in concreto, les juges déterminent s'il était possible à un "*ordinary man*"³² d'apporter autant de soin à cette opération.

Mais afin de mieux cerner la *breach*, nous vous proposons quelques exemples qui permettront de mieux comprendre ses traits caractéristiques. Nous allons prendre deux exemples d'*actual breach*, qui est l'inexécution pure et simple, et un exemple d'*anticipatory breach*, qui est le cas où le débiteur annonce qu'il n'exécutera pas.

1. exemple et contre exemple d'*actual breach*

L'exemple suivant est donc un exemple d'inexécution totale qui n'est pas sans rappeler un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 6 Juin 2000³³, qui traitait d'un contrat entre un avocat et son client. Dans l'affaire *Pilbrow v. Pearlless de Rougemont & Co.* (1999)³⁴, l'appelant avait contacté un cabinet d'avocats par téléphone et avait demandé un rendez-vous avec un *solicitor* (avocat qualifié et autorisé à plaider devant certaines cours). A la suite du rendez-vous, l'appelant a

³² "the man on the Clapham omnibus", *Hall v. Brooklands Auto Racing Club*, 1933, 1 KB, 205, 217. Voir plus bas.

³³ Cass, Civ 1°, 6/6/2000, Bull. 2000, 1° Partie, n°173.

³⁴ *Pilbrow v. Pearlless de Rougemont & Co.*, 1999, 3 All ER 355, CA.

indiqué qu'il était très mécontent quant à la qualité des conseils reçus. En effet, la personne à qui il avait eu affaire n'était pas un *solicitor*, mais cette circonstance lui avait été cachée. Le client refuse conséquemment de payer les honoraires. Le cabinet engage une procédure en paiement. La *Court of Appeal* relève que le contrat disposait que les conseils juridiques devaient être prodigués par un *solicitor* expressément. Il ne s'agissait pas de fournir de conseils juridiques par tout moyen. Le cabinet d'avocats est donc reconnu avoir rompu unilatéralement le contrat, et n'est donc pas, de ce fait, admis à réclamer le paiement des honoraires. Il ne s'agit donc pas d'un cas de mauvaise exécution, mais bien d'inexécution totale.

Dans l'espèce française du 6 Juin 2000, il s'agissait d'une question sur une éventuelle cession de contrat. Le débat particulièrement technique, en France, sur l'existence d'une cession de contrat, n'existe pas en Angleterre. Les contrats sont des valeurs patrimoniales librement cessibles en Common Law, et, si le conseil prodigué n'est pas conforme à ce qui est stipulé dans le contrat originel ou si le contrat est cédé sans l'accord du créancier, il ne peut s'agir que d'une *breach of contract*.

Un contre-exemple de *breach* nous est proposé dans l'affaire *Modhal v. British Athletic Federation Ltd* (1999). Le demandeur était une athlète internationale très renommée qui fut suspendue par la B.A.F. (British Athletic Federation), parce qu'elle était suspectée d'avoir consommé des produits dopants. L'athlète avait fait appel contre la procédure de dopage et avait obtenu gain de cause. Elle a donc ensuite attaqué la B.A.F. pour *breach of contract* et demandait en conséquence une indemnisation. Elle avait, en effet, été écartée du circuit mondial pendant un an à la suite de cette affaire. Mais la B.A.F. étant membre de la I.A.A.F. (International Amateur Athletic Federation), et cette fédération ayant adopté une procédure de suspension immédiate en cas de dopage suspecté (même si, parfois, cela se révélait injuste), la *Court of Appeal* a décidé que le contrat liant Modhal à la B.A.F. ayant été traité comme le voulait la I.A.A.F., aucune *breach* ne pouvait être constatée.

2. Anticipatory breach

Nous traitons ici d'une originalité du droit anglais de la rupture unilatérale. La Common Law reconnaît que le créancier puisse actionner la justice alors même que l'exécution n'a pas encore commencé, s'il a des indices suffisants pour prouver que

le débiteur ne s'exécutera pas, ou qu'il s'est mis dans une position qui l'empêchera d'exécuter le contrat. Nous allons étudier ici le précédent qui fait autorité dans la matière. Il s'agit de l'affaire *Frost v. Knight* (1872)³⁵. Le défendeur avait promis de se marier avec la demanderesse dès que le père de celui-ci serait mort. Mais le demandeur avait rompu les fiançailles avant la mort de son père. La demanderesse l'avait alors poursuivi pour *breach of promise* (il n'est bien sûr plus possible de nos jours de poursuivre quelqu'un pour une telle rupture : en mariage, trompe qui peut !). Elle fut accueillie dans sa demande, alors même que le temps de l'exécution n'était pas encore venu. Il s'agissait du premier cas de rupture anticipée reconnu en Common Law. Le même précédent est aussi utilisé en Common Law américaine.

Après avoir vu ces quelques exemples, nous pouvons saisir ce qu'est la *breach of contract*. Nous avons vu qu'elle peut être totale ou partielle, qu'elle peut être anticipée (c'est la violation positive du contrat, qui a désormais disparu du droit allemand³⁶), et nous allons voir maintenant quels sont les remèdes attachés à cette rupture (nous avons déjà suivi leur évolution), et comment ils fonctionnent.

III. Les remèdes attachés à la *breach of contract*

Là aussi, nous allons constater la clarté de la Common Law. La *breach of contract* a un caractère mécanique indubitable, le créancier, face à une rupture du contrat possède un choix. Il n'a pas à choisir la *discharge* automatiquement. Dans certains cas de rupture, la *discharge* ne lui est même pas offerte. Elle reste le principe, mais, pour protéger le contractant et garantir l'efficacité de la relation contractuelle, elle n'est pas automatique. Dans tous les cas cependant, ce n'est pas la *breach* elle-même qui provoque la fin du contrat, mais bien le choix du créancier de résoudre le contrat. C'est ce que nous verrons dans un premier temps (a). Nous étudierons ensuite comment le créancier peut obtenir des dommages-intérêts, qu'il ait choisi ou non de résoudre le contrat (b). Toutefois, il est des situations où, comme nous l'avons vu, les remèdes de Common Law sont insuffisants. Le créancier peut alors recourir à l'Equity et ses remèdes spécifiques (c).

³⁵ *Frost v. Knight*, 1872, 7 Ex 111.

³⁶ C. Witz, « La réforme du B.G.B. », D.2002, Chroniques, p. 3156.

1. L'option : *affirm or discharge the contract*

La Common Law prévoit trois circonstances dans lesquelles le créancier peut choisir entre continuer l'exécution et résoudre le contrat. Le choix du créancier est libre : il choisit en fonction de son intérêt propre ou dans l'intérêt de l'efficacité de l'opération.

- Il s'agit en premier lieu, nous l'avons aperçu ci-dessus, du cas de l'*anticipatory breach*, dans laquelle le créancier a le choix de continuer ou de résoudre le contrat. L'action du créancier porte alors le nom de *repudiation* s'il choisit de résoudre le contrat. Le précédent qui s'applique est *Frost v. Knight*. Il peut s'agir d'une intention de ne pas exécuter a priori, mais il peut aussi s'agir d'une intention de ne pas continuer l'exécution déjà entamée. C'est pourquoi l'option de résoudre le contrat est souvent utilisée en pratique en cas de rupture anticipée. Dans la mesure où le créancier déçu n'a pas encore exécuté sa contre-prestation, il préférera choisir de résoudre le contrat, parfois avec des dommages-intérêts. Cette option lui donne l'occasion de rechercher un contractant plus efficace à la place d'une exécution défectueuse. Grâce à cette rupture anticipée ou violation positive du contrat, la Common Law encourage les parties à prévoir les coûts d'exécution, et leur offre la possibilité de terminer un *bad bargain* (un contrat perdant). Ce moyen ne se confond pas avec la *frustration*, qui est un véritable cas de force majeure.
- Le deuxième cas dans lequel la Common Law reconnaît un choix de résoudre ou de continuer l'exécution est le cas de la *breach of a condition*. En droit anglais, les contrats sont composés de *conditions, warranties and innominate terms*. Les *conditions* sont les termes du contrat qui sont les plus importants, ceux qui contiennent l'obligation principale. Les *warranties* sont des accessoires de l'obligation principale. Les *innominate terms* sont les termes qui sont, selon les circonstances, traités comme des *conditions* ou des *warranties*. Cette dernière catégorie permet au juge de permettre la résolution du contrat ou simplement des dommages-intérêts selon l'étendue du préjudice résultant d'une *breach* d'un *innominate term*. Mais le choix pour le créancier de terminer ou de continuer le contrat n'arrive automatiquement que dans le cas d'une *breach of a condition*. Dans les autres cas, le choix n'est soit pas présent (dommages-intérêts

seulement pour la *breach of a warranty*), ou dépend d'une analyse des termes et des circonstances (*innominate terms*).

- Le dernier cas est donc le cas d'une rupture sérieuse d'un *innominate term*. Dans ce cas, le créancier aura encore le choix entre terminer le contrat et le continuer.

Ce choix (qui ne s'oppose pas à une demande de dommages-intérêts pour le retard dans l'exécution, par exemple) doit être communiqué à l'autre partie d'une façon claire et univoque³⁷. Une fois que le choix a été fait, la partie qui l'a fait ne pourra pas revenir dessus. Il est rare que la victime d'une *breach* décide de continuer. Si elle le fait, il faut que ses obligations soient indépendantes de celles de la partie en inexécution, qu'elle les exécute et qu'elle agisse ensuite pour obtenir le paiement de sa prestation³⁸.

A côté de ce choix, le créancier a toujours la possibilité de demander des dommages-intérêts en complément ou à titre principal (comme en droit français d'ailleurs).

2. La permanence : les *damages*

Toutes les *breach* d'un contrat valide et susceptible d'être exécuté donnent droit à la partie innocente d'obtenir des dommages-intérêts en rapport avec le préjudice causé par la rupture, à moins que le contrat ne contienne une clause d'exclusion valable. Une action en dommages-intérêts existe que la *breach* porte sur une *condition*, une *warranty*, ou un *innominate term*, à la différence du choix de résoudre ou de continuer le contrat. Il s'agit, d'après les études poussées sur le sujet³⁹, du remède usuel en Common Law, loin devant les autres. Il est clair qu'il existe toujours une demande en dommages-intérêts dans tous les litiges contractuels. Mais cette affirmation est loin d'être surprenante : la vie des affaires a certains impératifs que seul l'argent peut satisfaire. A l'inverse, certains impératifs plus marginaux exigent une exécution coûte que coûte du contrat. Nous examinerons ces impératifs dans notre partie sur les remèdes en Equity.

Les types de dommages compensés sont :

³⁷ *Vitol SA v. Norelf Ltd*, 1996, AC 800.

³⁸ *White & Carter v. McGregor*, 1962, AC 413.

³⁹ Voir A.I Ogus, Exposé sur les *Remedies*, in « Contract Law today, Anglo-French Comparisons », D. Harris, D. Tallon, Clarendon Press, 1989.

- le préjudice physique⁴⁰,
- les dommages causés aux biens⁴¹,
- le préjudice économique⁴².

Les circonstances dans lesquelles le préjudice moral est indemnisé sont très restreintes. L'arrêt de référence en la matière⁴³ interdit l'allocation de dommages-intérêts pour le préjudice moral, mais deux exceptions sont venues atténuer la règle : si le contrat a pour but d'apporter un certain plaisir (contrat de voyage⁴⁴), ou si le contrat a pour but d'éviter un préjudice moral (l'échec de l'avocat à obtenir une injonction pour faire cesser un trouble⁴⁵). La règle générale pour l'évaluation des *damages* est de remettre la partie innocente dans la position dans laquelle elle aurait été si le contrat avait été exécuté. Il existe (bien sûr) plusieurs facteurs qui peuvent réduire le montant des dommages-intérêts alloués. L'analyse de la causalité peut montrer qu'un événement a rompu la chaîne de causalité, aggravant le dommage, ce qui a pour effet de limiter la réparation à la proportion du dommage qui est survenu du fait de l'inexécution seule. De même, les dommages trop lointains ne sont pas pris en compte : il faut que les dommages soient « *reasonably foreseeable* »⁴⁶. Il faut surtout que le demandeur n'ait pas participé activement ou même passivement à l'aggravation du préjudice. Il a une obligation de *mitigation*⁴⁷. C'est au défendeur de prouver que le dommage aurait pu être réduit par une action raisonnable du créancier. L'idée est que le créancier puisse, avec le montant des dommages-intérêts prévisible, trouver un mode alternatif d'exécution du contrat, en fonction des circonstances.

Nous verrons plus loin comment la Common Law américaine a développé cette pratique des dommages-intérêts, le rendant encore plus simple, mais encore plus attractive. Pour le moment, intéressons-nous à ce système parallèle qui a fait concurrence à la Common Law et qui a développé des remèdes originaux en matière contractuelle : l'Equity.

⁴⁰ Tous les préjudices pécuniaires sont indemnisables : c'est la base normale de l'indemnisation en Common Law.

⁴¹ Même remarque.

⁴² Les règles quant à l'évaluation du dommage économique sont soit prétoriennes (référence au prix du marché), soit légales (pour la vente : *Sale of Goods Act 1979* fournit des modes de calcul supplétifs de volonté et écartés si injustes en l'espèce).

⁴³ *Addis v. Gramophone Co Ltd*, 1909, AC 488.

⁴⁴ *Jarvis v. Swan Tours Ltd*, 1973, 1 All ER 71, CA.

⁴⁵ *Heywood v. Wellers*, 1976, 1 All ER 45.

⁴⁶ *Victoria Laundry Ltd v. Newman Industries Ltd*, 1949, 2 KB 528 .

⁴⁷ *Brace v. Calder*, 1895, 2 QB 253.

3. Le recours éventuel à l'Equity

Le recours à l'Equity, rappelons-le, n'est pas automatique et est resté discrétionnaire. Mais les remèdes que ce système proposent ne sont pas en général, pécuniaires, et sont de ce fait, complémentaires de ceux accordés par la Common Law. Deux grands types de remèdes sont accordés en Equity :

- la *specific performance*

Lorsque la Common Law ne peut pas trouver de solutions au litige, l'Equity le peut. Elle peut donc forcer l'exécution du contrat, sous certaines conditions.

Les dommages-intérêts doivent être inadéquats, mais ils peuvent être simplement complémentaires. C'est pour cela que la *specific performance* est utilisée pour les contrats portant sur l'immobilier.

L'exécution forcée ne doit pas porter préjudice au contractant.

L'exécution forcée ne s'applique pas aux contrats viciés, car selon l'adage : « *He, who comes to Equity, must come with clean hands* », on ne peut se prévaloir de sa propre malhonnêteté.

L'exécution forcée ne s'applique pas aux contrats de travail, ni aux contrats à exécution successive⁴⁸.

- L'*injunction*

L'injonction (généralement de ne pas faire quelque chose) permet d'intervenir sur les types de contrat auxquels la *specific performance* ne peut s'appliquer. La cour peut donc décider d'accorder une *mandatory injunction* qui a pour but de rétablir la situation avant la *breach*. Un exemple parlant est celui donné par l'arrêt *Warren v. Mendy*⁴⁹. Un boxeur avait conclu un contrat de management avec Warren pour une durée de trois ans. Pendant cette période, le boxeur avait perdu confiance en son manager, et avait demandé conseil à Mendy, un autre manager. Warren demanda une injonction contre Mendy pour l'empêcher d'induire une *breach of contract*. La *Court of Appeal* accepta, arguant du fait que l'injonction laissait le boxeur avec des ressources pour vivre (puisqu'il retournait avec son ancien manager).

⁴⁸ Deux cas d'espèce ont pourtant été rendus consacrant la solution inverse : *Hill v. CA Parsons Ltd*, 1972, et *Irani v. Southampton AHA*, 1985.

⁴⁹ *Warren v. Mendy*, 1989, 1 WLR 853.

Nous allons faire à présent un détour par la Common Law américaine pour constater que, si les concepts sont les mêmes, le traitement de l'inexécution aux Etats-Unis est plus expéditif qu'en Angleterre.

IV. Le particularisme américain

Selon les mots de G.A. Bermann⁵⁰, la Common Law américaine est loin de s'intéresser à la nature du contrat. Si les juristes anglais sont de plus en plus friands de théorie contractuelle, les juristes américains ne veulent pas comprendre le contrat comme nous désirons le faire. Les américains ne connaissent pas du tout la conception morale du contrat, et ils ne croient pas que l'important soit le respect de la parole donnée, mais bien, en cas d'inexécution, la garantie pour le créancier d'obtenir l'équivalent monétaire. La seule exception que reconnaît le droit américain est le cas où il n'existerait pas d'équivalent sur le marché. C'est pour cette raison que les contrats sur la *real property* sont exclus de la compensation monétaire. Nous constatons encore que le raisonnement (la référence au marché) marque une tendance plus libérale qu'en Angleterre, et a fortiori, qu'en France. La Common Law américaine reconnaît que le défendeur est souvent plus enclin à payer des dommages-intérêts qu'à exécuter un contrat qui lui serait préjudiciable. Le *Restatement (second) of Contracts*⁵¹ donne, dans son premier article, une définition absolument typique du contrat :

« *A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.* »

La définition peut étonner un juriste de droit civil : le contrat ne se définit que par rapport à son inexécution. Il faut encore remarquer que le recours à la *specific performance* est mentionné dans la définition du contrat, mais à titre accessoire comme le montre l'expression « *in some way* ». Le recours à ce remède, comme le

⁵⁰ Cours de droit comparé des contrats par le Professeur G.A. Bermann, professeur à Columbia (Etats-Unis), enseigné à l'Institut de Droit Comparé, 2001-2002.

⁵¹ Restatement (Second) on the Law of Contracts, American Law Institute, 1981.

précise E.A. Farnsworth⁵², est en train de se simplifier, mais le chemin à parcourir reste long pour obtenir un remède autonome, qui ne soit pas soumis à la constatation de l'inadéquation des remèdes pécuniaires.

Les remèdes pécuniaires, en Common Law américaine, sont divisés en trois types de *damages*.

Les premiers *damages* sont les *expectation damages* : il s'agit du montant nécessaire pour remettre la partie innocente dans la position dans laquelle elle aurait été si le contrat avait été exécuté à temps et complètement.

Les deuxièmes *damages* sont les *reliance damages* : il s'agit de l'argent que la partie frustrée a dépensée en vue du contrat. Il faut donc ici remettre la partie dans la position dans laquelle elle aurait été si la promesse n'avait pas été faite.

Le troisième type de *damages* sont les *restitutional damages* : il s'agit d'un moyen d'éviter l'enrichissement injuste. Le but est de forcer la partie en inexécution à rendre l'argent gagné à l'occasion de la rupture.

Cette organisation est claire et immédiatement compréhensible. De plus, la Common Law est très pratique : le requérant peut demander les trois évaluations à la Cour, bien sûr il n'en obtiendra qu'une. Mais cela lui permet de ne pas avoir à choisir entre des dommages-intérêts et de faire valoir ses prétentions dans chacun des cas.

Concernant ces remèdes, le *Restatement (Second) of Contracts* est également typique de l'esprit de la Common Law. Nous y retrouvons les thèmes que nous avons étudié plus haut : *partial* et *total breach*, *anticipatory breach*, et le choix de terminer le contrat (*repudiation*).

Nous le voyons, la Common Law américaine est encore plus simple, parce qu'elle est plus récente, mais aussi et surtout parce qu'elle est presque codifiée. Le *Restatement (Second) of Contracts* n'est pas un texte officiel, l'American Law Institute étant un organisme privé composé de professeurs de droit, de juges et de professionnels, à part égale. Mais de fait, tous les juristes américains et les juges l'utilisent de façon régulière et officielle : les juges n'hésitent pas à le citer dans leurs jugements, ou à y faire des renvois, comme à une base incontestée du droit américain. La Common Law et la codification ne sont pas, par nature, incompatibles, et la quasi-codification n'a pas fait perdre à la celle-ci sa spécificité.

⁵² E.A. Farnsworth, « Specific relief in American Law », in Mélanges Ghestin, L.G.D.J., 2001.

Cette étude préalable nous permet la comparaison des deux approches de l'inexécution, en droit français et en droit anglais.

DEUXIEME PARTIE LES ATOUTS DE LA BREACH OF CONTRACT

Une fois décrite la *breach of contract*, il reste à la confronter avec notre traitement de l'inexécution. Un bilan pourra être dressé : la Common Law, d'une part, apparaît plus efficace, plus adaptée à la vie des affaires, et, d'autre part, semble avoir un important rayonnement international.

Chapitre 1 : Son adaptation à la vie des affaires

La grande efficacité de la Common Law peut, semble-t-il, s'expliquer de deux façons : la distance prise avec la conception morale du contrat et la faveur accordée à l'analyse économique du contrat, facteur qui garantit à la Common Law une audience enviable dans les entreprises, et qui semble faire défaut au droit français de l'inexécution.

I. La distance prise avec la conception morale

Pour parvenir à un tel constat, nous verrons que la Common Law ne comporte pas d'équivalent conceptuel de notre faute contractuelle (1). Nous verrons à cette occasion comment la Common Law a pu s'en passer. Puis nous nous interrogerons donc sur le fait de savoir s'il s'agit d'un avantage pour le droit anglais (2).

1. L'économie de la faute par la Common Law

L'inexécution d'une obligation contractuelle suffit, en droit anglais, à déclencher les remèdes contractuels⁵³. Le droit anglais a pourtant connu, dans son

⁵³ D. Tallon, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, P.U.F., 1993, p. 435.

histoire, un moment où il fallait prouver une faute (rappelons-nous le *writ of trespass*). Lorsque la responsabilité contractuelle a acquis son autonomie, la nécessité de prouver une faute a disparu. Le terme même de « faute contractuelle » est donc totalement absent du vocabulaire juridique anglais. Mais il ne s'agit pas que d'une subtilité de langage. Même le droit de la responsabilité délictuelle, en Common Law, ne connaît pas vraiment de « faute » : tout au plus s'agit-il d'une *breach* (encore) d'un *duty of care* préexistant. Mais la faute n'existerait-elle même pas en tant que concept sans mot pour le traduire ? La réponse encore est négative. Nulle part dans les définitions des manuels sur la *breach of contract* ne trouvons-nous de notion de faute morale. E. McKendrick⁵⁴ précise : « (...) *liability does not depend upon proof of fault* ». Les seules situations pour lesquelles la Common Law va opérer une comparaison entre la prestation reçue et la prestation, in abstracto, du « *reasonable man* »⁵⁵ sont les contrats qui font peser une obligation de soin particulière. C'est le cas des contrats de transport. Mais, nous le soulignons, même ici, le juge ne prononce jamais le mot « *fault* », tout juste le mot *negligence*, et jamais n'y a-t-il de jugement moral. Le test du *reasonable man* est, finalement, un moyen de plus pour les juges anglais d'adapter leur *ratio decidendi* aux circonstances d'espèce.

La Common Law se passe donc de la notion et du concept de faute contractuelle. La principale raison à cette absence est que la Common Law ne s'intéresse pas aux raisons qui ont poussé le débiteur à ne pas s'exécuter. C'est l'héritage des *forms of action* : la procédure règne avant tout et avant le fonds de l'affaire. Les raisons de l'inexécution n'importent pas dans le traitement de celle-ci par le droit anglais, et donc il ne peut y avoir de jugement moral sur ces raisons. La Common Law reconnaît même que cette inexécution peut être volontaire puisqu'elle peut être anticipée, sans que cela ne constitue une faute du débiteur.

On est alors en droit de se poser la question de l'utilité de la faute en droit français.

2. Le recours à la faute en droit français

⁵⁴ E. McKendrick, op. cit., p 342.

⁵⁵ « *the reasonable man is not a paragon, neither is he a clairvoyant. He is the ordinary man, the average man, the man on the Clapham omnibus (Hall v. Brooklands Auto Racing Club [1933], 1 KB 205,217. »*, M.A. Jones, Textbook on Torts, 7^e Edition, Blackstone Press Limited, 2000, p. 171.

Finalement, le droit que l'on décrit volontiers comme procédural se montre ici moins formaliste. L'absence de notion de faute contractuelle ordinaire est un atout pour plusieurs raisons. Le détour par la faute est inutile et, par conséquent, alourdit les procédures (a). Il est par ailleurs révélateur d'une conception moraliste du contrat, qui peut effrayer le monde de l'entreprise (b).

a. La notion de faute

Les auteurs le reconnaissent tous, même les partisans de la faute ordinaire, l'usage qui est fait de la faute en France est incorrect⁵⁶. Le doyen Rodière défend avec vigueur l'existence de la faute ordinaire qui, selon lui, ne se confond pas avec l'inexécution. Il précise que vouloir assimiler la faute à l'inexécution (et donc lui nier toute utilité), c'est vouloir remonter au temps de Justinien, où la faute n'avait aucune valeur morale. C'est donc selon lui une faute morale que notre droit veut consacrer. Nous nous permettrons de nous opposer à ce constat, voulu par de nombreux auteurs. Tel est le cas de G. Viney, par exemple⁵⁷. Mais nous pouvons remarquer que cette volonté ne se traduit ni dans la jurisprudence, ni dans les textes.

La jurisprudence, en effet, confond régulièrement l'inexécution avec la faute ordinaire, rendant le recours à celle-ci inutile et artificiel.

A titre d'exemple, un arrêt de la Cour de Cassation en date du 7 Octobre 1992, rendu en matière de responsabilité médicale, semble confondre la faute avec l'inexécution pure et simple⁵⁸, en ces termes : « aucune *faute* ne pourrait être reprochée à M. B. », puis un peu plus loin : « Mme R. n'apportait pas la preuve d'un *manquement* de M. B. à ses *obligations*. » Nous constatons que les juges dans l'espèce ne semblent faire aucune différence entre l'inexécution et la faute. Ils utilisent l'un pour l'autre, et font de la faute (résultat d'un jugement moral) le résultat d'un constat de fait.

Parfois même, la jurisprudence montre son manque de précision dans la délimitation de la faute elle-même. Les juges se montrent d'une habileté discutable à distinguer l'inexécution fautive de l'inexécution non fautive.

⁵⁶ R. Rodière, « Une notion menacée : la faute ordinaire dans les contrats », R.T.D.Civ, 1954, pp. 201 et s.

⁵⁷ G. Viney, « La responsabilité contractuelle en question », in Mélanges Ghestin, L.G.D.J., 2001.

⁵⁸ CCass, Civ 1°, 7/10/1992, JCP, 1993, II 22071, note F. Chabas.

La Cour d'Appel de Paris, le 13 Septembre 2000⁵⁹ a retenu que le transporteur, qui s'était fait dérober son camion stationné clefs sur le contact en face des bureaux d'un client, n'a commis qu'une simple « négligence », entendue par le cour comme une faute ordinaire, assimilable à l'inexécution. Mais la Cour d'Appel de Versailles, le 4 Février 2003⁶⁰, a estimé qu'avait commis une faute lourde le transporteur qui s'était fait dérober de la marchandise pendant son temps de repos, sur une autoroute, alors qu'il dormait dans son véhicule.

Il était pourtant plus facile pour le premier transporteur de fermer à clef son véhicule (geste somme toute rapide et peu coûteux) que, pour le second, de prévoir un départ plus avancé, se renseigner sur les aires de repos les moins risquées, voire affecter un deuxième chauffeur pour éviter un arrêt et le vol.

Dans ce dernier cas, le chauffeur a été moralement sanctionné : il a commis une faute lourde. Dans le premier cas, malgré la simplicité du geste à effectuer pour éviter le dommage, le chauffeur n'a commis qu'une simple négligence.

L'espèce citée par R. Rodière⁶¹ est également significative. Elle nous prouve que les juges utilisent la faute comme un instrument de répartition de responsabilité, dans les cas où la capacité d'indemnisation est inégale. Nous comprenons alors mal comment cette faute aurait une quelconque valeur morale.

Cet arrêt de la Cour de Cassation du 4 Mars 1954 nous montre à quel point la notion de faute est subjective et ne fait qu'obscurcir les raisonnements. Voici les faits de l'espèce : il neige à Paris. La neige fondante traînée par les voyageurs rend les trottoirs du Métropolitain glissants, et la régie dépêche donc des agents pour nettoyer les quais, satisfaisant amplement ses obligations statutaires (elle en envoie plus que prévu dans les statuts). Une voyageuse glisse sur le sol mouillé du Métropolitain. Elle chute lourdement et ses blessures sont telles qu'elles justifient une incapacité de travail définitive. La Cour de Cassation juge donc, à l'inverse de la Cour de Paris, que l'obligation de sécurité due par le transporteur à ses usagers n'avait pas été exécutée (étant une obligation de résultat), et que la force majeure n'étant pas prouvée, la présomption de faute du transporteur le rendait responsable. La Cour de Cassation a donc reconnu implicitement la faute du transporteur.

⁵⁹ RJDA, 3/2001, Décisions du Mois, n°271, p. 251.

⁶⁰ RJDA, 5/2003, Décisions, n° 465, pp. 419-420.

⁶¹ R. Rodière, op. cit., Civ 2°, 4/03/54, II, 8122, note R. Rodière.

Elle reproche donc implicitement de ne pas avoir dépêché plus de personnel pour cette tâche. Mais le nettoyage n'étant pas la principale activité de la Régie des transports parisiens, pouvait-elle faire autre chose ? Est-ce une faute, avec toute sa dimension morale ? En fait, il semble bien qu'il n'y ait de faute ni d'un côté, ni de l'autre.

Nous pourrions même penser que s'il y avait vraiment une faute, ce serait celle de la victime : justifiée par son imprudence, c'est ce que pense R.Rodière⁶².

L'analyse économique du droit pourrait aussi nous renseigner sur la personne qui doit dans ce cas, supporter la charge du dommage. Le constat est évident : c'est la voyageuse qui était en mesure d'assurer sa protection au moindre coût. Il ne lui coûtait rien de redoubler d'attention sur la neige fondue. Il n'en allait pas de même pour le transporteur qui aurait dû recourir à de lourds moyens pour évacuer la neige, tout en sachant qu'il avait toutes les chances d'être condamné, étant donné le nombre de « victimes » potentielles. Si le droit français raisonnait ainsi, l'effet d'incitation à la prudence porterait ses fruits, rendant ceux qui peuvent assurer leur sécurité et celle d'autrui au moindre coût, responsables en cas de dommage. Mais ceci est un autre débat. Le recours à cette obligation de sécurité est préjudiciable puisque les deux fondements de responsabilité viennent se rencontrer autour du contrat. La situation n'est pas logique : nous voyons que la faute n'a servi qu'à faire supporter le coût du dommage au contractant qui avait la plus grande surface financière.

Nous le voyons avec cette espèce, la Cour de Cassation n'utilise pas la faute dans un sens moral, mais bien d'opportunité (la Régie est une candidate idéale pour l'indemnisation).

Si la faute contractuelle ordinaire n'existait plus, cette affaire ne serait pas différente, mais beaucoup plus claire. La voyageuse aurait pu attaquer la Régie du Métropolitain pour inexécution du contrat de transport et de l'obligation de sécurité implicite. Etant donné que cette obligation est une obligation de résultat en droit français (encore un aspect contestable), le transporteur serait condamné à réparer les dommages, puisque la Cour de Cassation rejette souvent la possibilité d'une exonération par la force majeure en matière de transports (c'est le cas en l'espèce). Point besoin du détour par la faute qui ne fait que jeter le trouble et porter des jugements moraux mal venus, nous obtenons la même solution plus simplement.

⁶² R. Rodière, *op. cit.*, pp. 212-213.

Si la faute retrouvait son caractère véritablement moral, elle serait peut-être plus attrayante. Mais à partir du moment où elle se confond quasi-complètement avec l'inexécution, elle n'est plus qu'un instrument d'injustice inutile.

Le Code Civil ne mentionne pas, quant à lui, la faute contractuelle ordinaire. Les textes en matière d'inexécution dans les contrats synallagmatiques ne mentionnent pas la faute et n'en donnent pas de définition.

L'article 1147 du Code se rapproche beaucoup de l'énoncé que nous avons fait de la Common Law. Il ne parle en aucun cas de faute, mais bien au contraire d' « inexécution » imputable au débiteur, ce qui l'expose au paiement de dommages-intérêts. Il est vrai que l'article 1147 in fine est moins clair : quelle est cette « cause étrangère » qui a un effet exonératoire ? Dans notre optique, nous pouvons estimer qu'il s'agit de l'inexécution fortuite, c'est-à-dire de l'inexécution qui ne résulte pas du fait du débiteur. On pourrait envisager que la fin de cet article ne fait donc qu'amener l'article suivant, sur la force majeure. Prenons l'article 1184 du Code : lui non plus ne parle pas de faute. Il ouvre le choix en matière de contrats synallagmatiques, à la manière de la Common Law, mais renverse la hiérarchie que nous avons remarqué dans la Common Law. En droit français, et c'est un caractère positivement marquant, l'exécution forcée est présentée en premier lieu, avant les dommages-intérêts. Mais toujours pas de mention d'une faute contractuelle ordinaire. En fait, de l'article 1146 jusqu'à l'article 1155 du Code, dans le chapitre sur les dommages-intérêts en cas d'inexécution, nulle part peut-on trouver le terme ou même l'idée de faute. L'article 1137 sur l'obligation de conserver la chose en bon père de famille est un texte spécial, et de même que pour le droit anglais ou américain qui connaissent parfois le critère de l'*ordinary man*, le critère français n'est qu'une obligation supplémentaire ajoutée à l'obligation de délivrer la chose. On peut y appliquer aussi le même raisonnement qu'aux autres obligations : lorsque la chose arrive détériorée dans les mains du créancier de l'obligation de conservation, il y a inexécution manifeste, sauf à prouver que le débiteur s'est comporté en bon père de famille. Enfin, l'article 1142 du Code est univoque : pour les obligations de faire et de ne pas faire, l'inexécution du débiteur se résout en dommages-intérêts.

La faute n'existe pas dans les textes, et n'est pas non plus clairement définie par la jurisprudence. La raison d'être de la faute contractuelle ordinaire a selon nous, une autre origine : la conception morale du contrat, en France.

b. Une conception morale du contrat

Finalement, et nous sommes convaincus que la faute ordinaire dans les contrats en est une manifestation, le droit français diffère du droit anglais par sa conception morale du contrat. Nous sommes conscients qu'il s'agit d'un côté comme de l'autre, d'un parti-pris idéologique. Le fait étant que la conception économique (voire utilitariste) anglo-saxonne nous paraît plus adaptée à la matière contractuelle.

Quel est le but d'un contrat ? Les contractants veulent (et c'est naturel) accroître leurs patrimoines ou leurs bien-être respectifs, et ils ne veulent pas être tenus de dédommager lorsqu'ils n'ont pas commis de faute (lourde telle que nous l'entendons). Il faut donc leur laisser la possibilité de se dégager d'un engagement infructueux. Au bout du compte, ce qui compte, c'est la meilleure allocation possible des ressources. Du moins est-ce l'avis des *Common lawyers*.

L'opinion française majoritaire est différente. G. Viney⁶³ affirme clairement que : « Ce qui caractérise en effet l'exécution, c'est qu'elle porte, par définition, sur ce qui est promis et non sur une prestation de remplacement. » Mais alors, que faire si la prestation de remplacement s'avère socialement moins coûteuse que l'exécution forcée ? Doit-on gaspiller les ressources pour faire respecter la parole donnée ? Nous apporterons des éléments explicatifs au sujet de l'analyse économique du contrat dans la suite de l'étude.

J. Huet⁶⁴ l'affirme : « (...) chacun doit exécuter les engagements qu'il prend. » A cette conception morale du contrat est rattachée l'existence de la faute. En effet, pour cette partie de la communauté juridique française, la faute doit être présente dans la rupture unilatérale des relations contractuelles, car il semble moralement répréhensible de chercher à se dégager de l'engagement pris. L'inexécution en elle-même n'est pas moralement blâmable. C'est ainsi que les juges qualifient presque toujours l'inexécution de fautive. Nous l'avons aperçu plus haut avec l'espèce du 7 Octobre 1992 de la Cour de Cassation. Nous sommes convaincus que cette volonté de protection du débiteur est incontestablement honorable, mais s'accorde mal avec les besoins de la pratique des contrats. Si la conduite du débiteur a été humainement irréprochable (« *not beyond the reasonable expectations* » selon une

⁶³ G. Viney, « La Responsabilité Contractuelle en Question », in Mélanges Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 946.

⁶⁴ J.Huet, « De l'obligation de donner, la mal-aimée », in Mélanges Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 426 et s.

expression courante en Common Law), alors rien ne devrait pouvoir l'empêcher de prouver une cause extérieure exclusive de responsabilité.

La faute ordinaire n'existe pas, car il n'est pas immoral de ne pas affecter 1000 personnes au nettoyage des quais du Métro parisien un jour de neige, il n'est pas immoral de laisser ses clefs sur le tableau de bord d'un camion, il n'est pas immoral d'inexécuter une obligation contractuelle. Il n'existe que des inexécutions.

Il faut d'ailleurs conserver la notion de faute lourde : elle a une utilité non négligeable en matière de clauses exclusives ou limitatives de responsabilité, elle surpasse toute exclusion ou limitation de responsabilité. Elle permet aussi de protéger le débiteur d'une action trop aisée, spécialement dans les activités à risque. On pourrait admettre que ces exceptions au principe seraient d'origine législative et d'énumération stricte, pour éviter un élargissement non-contrôlé. On peut envisager qu'à l'image du droit administratif, elle joue un rôle en matière de responsabilité médicale : nous pourrions envisager que, pour entraîner la responsabilité du médecin, il faille prouver une faute « caractérisée » pour reprendre le vocabulaire administratif le plus récent⁶⁵, soit l'équivalent peu ou prou de la faute lourde. Des domaines sensibles pourraient ainsi être protégés des recours trop fréquents à cause d'un aléa très présent (sauvetage et domaine médical). Cela aurait aussi le mérite d'harmoniser le droit administratif et le droit civil quant à ces domaines qui ne connaissent pas aujourd'hui de principes similaires de mise en oeuvre de responsabilité.

Le droit anglais s'est affranchi depuis longtemps de la faute contractuelle ordinaire, à nous d'achever l'évolution et de donner à la responsabilité contractuelle un nouveau visage et une autonomie souhaitable. Comme le précise D. Tallon, se baser sur la responsabilité délictuelle, c'est encourir le risque de connaître la même déliquescence de la faute que dans ce domaine⁶⁶.

Finalement, comme le reconnaît C. Jamin⁶⁷ : « le débat à venir n'opposera peut-être pas tant les défenseurs du tout-Etat à ceux du tout-contrat que les tenants du couple Etat-social aux promoteurs d'un possible couple marché-droits de l'Homme. Avec peut-être à la clef un changement de paradigme, celui qui avait

⁶⁵ La notion de « faute caractérisée » a été introduite par la loi du 4 Mars 2002, et a été reprise par : CE, 06/2003, « Assistance publique des hôpitaux de Paris contre Mme M. ».

⁶⁶ D. Tallon, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », op. cit., p. 435, 3° et 4°.

⁶⁷ C. Jamin, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », Dalloz 2002, chroniques p. 901 et s., in fine.

réussi à s'imposer au début du XX^e siècle. Nous en aurions alors terminé avec le droit social du contrat qu'avaient su inventer quelques civilistes imaginatifs... » En effet. Et ce paradigme pourrait bien être celui qui séduit depuis cinquante ans les juristes de Common Law : l'application du paradigme économique aux droits, et dans notre étude, au droit des contrats.

II. Les ressorts de l'analyse économique

Le Farnsworth on Contracts contient cette phrase : « *In recent decades, many scholars have brought economic analysis to bear on legal problems ; no lawyer can afford to be unaware of this work* »⁶⁸. L'invitation est sans équivoque. Selon cette affirmation, la communauté juridique française pêche donc par indifférence. Peu de juristes français s'intéressent à l'analyse économique du contrat, ou même du droit en général, mouvement qui se nomme *the new Law and Economics*, et qui est issu de la réflexion de plusieurs économistes et juristes anglo-saxons des années 1950.

C'est cet instrument d'analyse qui va nous aider à départager le droit français et le droit anglais. Bien sûr, et L. Vogel nous met en garde⁶⁹, estimer que la Common Law est plus efficiente que le droit français, c'est faire de l'ethnocentrisme. Nous en sommes conscients, mais comme nous allons le voir dans notre dernier chapitre, non seulement la Common Law apparaît conceptuellement plus adaptée à la vie des affaires, mais encore cette adaptation se traduit par le succès des schémas de la Common Law auprès de nombreuses commissions ou de législateurs. Il nous a semblé utile de comprendre pourquoi, de façon pratique. L'analyse économique du droit des contrats nous le permet.

Nous nous servirons pour les besoins de notre étude du théorème de Coase⁷⁰.

Appliquons-le aux contrats synallagmatiques :

⁶⁸ Farnsworth on Contracts, Section 1 : « The meaning of enforce », voir the economics of remedies, Aspen Publishers, 2^e Edition, 1998, p. 7.

⁶⁹ L. Vogel, préface à « Economie du Droit : le cas français », A.I. Ogus et M. Faure, Editions Panthéon-Assas, 2001.

⁷⁰ Exposé dans l'article fondateur : « The problem of social costs », Journal of Law and Economics, volume 3, 1960, pp. 1-44, qui est l'article le plus cité dans les revues *juridiques* américaines.

- Le premier postulat est qu'il n'existe pas de situation contractuelle comprenant une partie active (le créancier) et une partie passive (le débiteur) : il existe un conflit d'intérêts pour l'exploitation d'une même ressource, mais il n'existe pas de domination d'une partie sur l'autre.
- D'autre part, le second postulat est que, si les coûts de transaction sont négligeables, alors la situation optimale sera atteinte quel que soit le régime juridique attaché à l'inexécution d'une obligation contractuelle.

Nous pressentons ici l'intérêt d'une telle vision du contrat : on évite que les conflits ne se règlent ex-post, en incitant les contractants à prévoir les conditions d'exécution (ou d'inexécution) ex-ante. Cette vision a du succès dans tous les droits, continentaux inclus : la faveur grandissante accordée aux clauses pénales en témoigne.

L'analyse économique vise à ce que les parties négocient le mieux possible. Il faut donc pour cela les inciter à le faire. L'idée morale de réparation n'existe pas en analyse économique du contrat (comme en Common Law), et si les dommages-intérêts sont reconnus efficaces par celle-ci, c'est parce qu'ils incitent les parties à rechercher des effets conventionnels efficaces.

Si nous pensons à un contrat parfait (au sens où toutes les hypothèses ont été prévues par les parties) dans notre système sans coûts de transaction, l'issue de la convention sera toujours efficace, si le contrat ne produit pas d'externalités. La sanction n'aura alors pour but que de forcer le débiteur à s'exécuter puisque l'exécution sera toujours plus efficace. Mais ceci n'est valable que pour un contrat parfait, ce qui n'existe jamais en pratique. Alors, les parties doivent considérer qu'il n'est parfois pas rentable de forcer l'exécution.

Prenons un exemple. Nous sommes les observateurs d'un contrat de vente portant sur un vase chinois. L'acheteur A lui attribue une valeur $P(1) = 1000$ €. Le vendeur V a deux moyens d'obtenir ce vase : soit il demande un permis d'importation (qu'il a 80% de chances d'obtenir) et l'importe lui-même au prix $P(2) = 800$ €, soit il l'achète à un importateur spécialisé au prix de $P(3) = 3000$ €.

Si nous nous situons dans un régime juridique qui a tendance à recourir à l'exécution forcée (hypothèse EF), V sera obligé de livrer la chose même s'il n'obtient pas le permis. V calcule donc son prix global ainsi (fonction des probabilités de l'échec de demande de permis $p(3) = 0.2$ et $p(2)$ le succès $p(2) = 0.8$) :

$$\text{Prix global EF} = \{P(2) \times p(2)\} + \{P(3) \times p(3)\}$$

$$\text{Prix global EF} = (800 \times 0.8) + (3000 \times 0.2)$$

$$\text{Prix global EF} = 1240 \text{ €}$$

V va donc demander au moins 1240 € à A. Mais A n'étant prêt à payer que 1000 €, la convention ne se formera pas.

Si, au contraire, l'inexécution était sanctionnée par des dommages-intérêts (hypothèse DI), voici comment V calculerait le coût du contrat, étant donné que les dommages-intérêts ne pourraient être supérieurs à la valeur qu'accorde A au vase :

$$\text{Prix global DI} = \{P(2) \times p(2)\} + \{\text{montant DI} \times p(3)\}$$

$$\text{Prix global DI} = (800 \times 0.8) + (1000 \times 0.2)$$

$$\text{Prix global DI} = 840 \text{ €}$$

Ce prix laisse lui une grande place à la négociation, en plus de permettre bien sûr la conclusion du contrat.

Maintenant que nous avons fixé les bases avec cet exemple, nous allons pouvoir nous investir à analyser les caractéristiques des droits étudiés et en tirer des conclusions sur leur efficacité respective.

1. Le traitement de l'inexécution efficiente

Traisons d'un exemple simple, qui nous permettra de comprendre comment le droit français peut apparaître inefficace. Nous nous sommes inspiré ici de l'exemple célèbre donné par R. Coase⁷¹, adapté à la matière contractuelle.

Reprenons l'exemple de la vente d'un objet rare, comme le vase de Chine ou une oeuvre d'art.

⁷¹ L'exemple contenu dans son article précité, avec les trains qui causent un dommage aux champs de blé.

A la suite d'une négociation, A et V sont parvenus à un accord sur le prix de la chose $P(0) = 100\ 000\ €$. Pendant la négociation, A et V ont dévoilé la valeur de l'œuvre selon eux telle que :

$$P(A) = 110\ 000\ €$$

$$P(V) = 90\ 000\ €$$

La négociation est mutuellement profitable puisque :

$$\text{Profit (A)} = 110\ 000 - 100\ 000 = 10\ 000\ €$$

$$\text{Profit (V)} = 100\ 000 - 90\ 000 = 10\ 000\ €$$

Le profit social total [soit profit (A) + profit (V)] est donc positif (20 000 €). Le contrat est conclu, la chose n'est pas encore livrée, le prix n'est pas encore payé.

Une autre donnée entre alors en compte : V apprend qu'un acheteur B estime la chose à 120 000 €, mais qu'il en donne $P(B) = 115\ 000\ €$.

Que doit faire V ?

En France, l'adage « Pacta sunt servanda » reflète bien sa situation. G. Viney a pu le préciser⁷² : les tribunaux sont enclins à ordonner l'exécution forcée si « la chose non livrée présente une certaine rareté », même si le choix semblait plutôt en faveur des dommages-intérêts selon le Code Civil (article 1136 du Code). Le droit français montre un visage favorable à l'exécution forcée des obligations lorsqu'elle est possible⁷³, même si elle n'est pas efficiente (nous allons le constater).

Il n'en va pas de même pour la Common Law : il y a de grandes chances que le litige se résolve en dommages-intérêts, surtout si l'oeuvre d'art est acquise comme placement. Il y a aussi une autre possibilité, prévue par la Common Law :

⁷² G. Viney, « Traité de Droit Civil, la Responsabilité : Effets », L.G.D.J., 1988, n°18.

⁷³ F. Bellivier et R. Sefton-Green, « Force obligatoire du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatiste », in Mélanges Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 91.

celle d'une injonction donnée par le tribunal, qui confère un droit patrimonial librement cessible, rappelons-le.

Traduisons ces données en chiffres. Selon notre exemple :

- Système français d'exécution forcée :

V doit vendre la chose à A par ordonnance du tribunal. Il perd donc 5 000 € par rapport à ce qu'il aurait pu obtenir dans une transaction avec B. Le profit social total reste donc identique à celui d'avant l'intervention de B, soit 20 000 €. D'autant plus que le droit français n'encourage pas encore vraiment la résolution hors tribunaux, la passage devant le tribunal fait augmenter les coûts de transaction dans la vie réelle, et donc diminue les gains éventuels.

- Système de Common Law :

Deux grandes hypothèses s'offrent à nous.

La première est celle de l'attribution de dommages-intérêts (hypothèse DI). V doit donc verser 10 000 € de dommages-intérêts à A, puisqu'il s'agit de son profit espéré après négociation (rappelons-nous de la définition des *expectation interests*), d'où :

$$\begin{aligned} \text{Profit (A)} &= 10\,000 \text{ € (DI)} \\ \text{Profit (V)} &= 115\,000 - 90\,000 - 10\,000 \text{ (DI)} = 15\,000 \text{ €} \\ \text{Profit (B)} &= 120\,000 - 115\,000 = 5\,000 \text{ €} \end{aligned}$$

Le profit social total (DI) est dans ce cas de 30 000 € (somme des utilités privées). De plus, l'optimum de Pareto est atteint, puisque le profit social a augmenté et que personne n'a perdu de profits. C'est donc une situation efficiente selon le critère le plus restreint⁷⁴.

⁷⁴ L'autre critère étant le critère Kaldor-Hicks, selon lequel la situation est efficiente quand le profit social total augmente, peu importe que des personnes aient perdu et d'autre gagné plus. Ce critère est plus évolué que celui de Pareto, car il autorise la redistribution des richesses. Pareto reste tout de même un critère sévère d'efficacité économique.

La deuxième possibilité est celle d'une injonction en Equity si elle est accordée, suivie d'une négociation puisque le titre exécutoire ainsi obtenu est un droit patrimonial librement cessible⁷⁵ (hypothèse I+N). La même hypothèse pourrait être faite avec un ordre de *specific performance*, puisque cette ordonnance peut aussi se négocier, organisant une cession de titre exécutoire. Les profits seront alors répartis ainsi :

Profit (V) = 115 000 – 90 000 = 25 000 € (puisqu'il vend le tableau à B)

Profit (B) = 120 000 – 115 000 = 5 000 € (toujours)

A veut au moins retirer 10 000 € de profit, puisqu'il espérait ce montant avant l'inexécution. V pourra lui offrir, dans la négociation, de 10 000 € jusqu'à 25 000 € pour que la vente reste efficace et pour convaincre A de ne pas forcer l'exécution (rachat du titre).

Le profit social total (I+N) est donc aussi de 30 000 €, car quoi qu'il arrive et quelle que soit l'issue de la négociation, les 25 000 € gagnés par V seront partagés entre lui et A, et B gagne 5 000 €.

Résumons ces résultats dans un tableau⁷⁶ :

⁷⁵ E. McKendrick, op. cit., p. 400, il cite, et c'est symptomatique G. Calabresi et D. Melamed, « Property rules, liability rules and inalienability : one view of the cathedral », Harvard Law Review, volume 85, n° 6, Avril 1972., article fondateur en matière de comparaison de régimes contractuels.

⁷⁶

Evidemment, dans toutes ces démonstrations, nous n'avons pas tenu compte, comme prévu, des coûts de transaction, qui sont accessoires lorsqu'il s'agit de contrats à valeur élevée. Cet exemple n'a qu'une valeur démonstrative, mais il suffit pour constater que la plus grande flexibilité dans les remèdes contractuels est nécessaire, et surtout que ces remèdes soient compréhensibles par tous, pour une meilleure prévisibilité.

	Dommages-Intérêts (Common Law)	Injonction Négociation (Common Law)	et Exécution forcée (droit français)
Profit (A)	10 000 €	Entre 10 000 et 25 000 €	10 000 €
Profit (V)	15 000 €	Entre 0 et 15 000 €	10 000 €
Profit (B)	5 000 €	5 000 €	0 €
P.S.T.⁷⁷	30 000 €	30 000 €	20 000 €

Le droit français traite mal de l'inexécution efficiente, il est moins efficient que le droit anglais, nous le constatons, car il force l'exécution lorsque l'inexécution est plus efficace. D'autant plus que le droit anglais permet aux parties d'adapter librement l'inexécution efficiente grâce aux clauses pénales : si la somme semble une juste estimation de la perte due à l'inexécution, la clause sera valable. Si elle a pour but d'effrayer l'autre partie, elle sera nulle⁷⁸. L'allocation des ressources efficiente sera atteinte de façon plus rapide si les parties ont la liberté de prévoir la sanction de l'inexécution. Malheureusement, elles n'ont plus cette liberté en droit français.

L'article 1150 du Code Civil est donc un article devenu inefficace, lorsqu'on l'applique à des cas d'inexécution efficiente où les parties avaient prévu des clauses pénales. C'est le cas du *surbooking* en France⁷⁹, cas d'inexécution efficiente reconnu par les juridictions de Common Law. Avant les lois du 9 Juillet 1975 et du 11 Octobre 1985, l'article 1150 reconnaissait pourtant la validité des clauses pénales à titre de principe. Cette solution (moins protectrice de la partie économiquement faible, il est vrai) était économiquement plus efficiente que l'actuelle. La solution actuelle veut que les clauses pénales n'aient plus d'effet dans les contrats inexécutés de façon volontaire. C'est alors le juge qui est chargé de fixer le montant des dommages-intérêts. Etant donné que le tribunal ne peut évaluer correctement la perte subjective due à l'inexécution du contrat, son estimation sera modeste comparativement aux souhaits des parties. D'autant plus que la pratique des contrats contenant un certain aléa nous montre que le prix est augmenté en fonction de la probabilité de la survenance de cet aléa (le coût de l'aléa est donc compris dans le prix du contrat). Priver la clause pénale de son efficacité revient à priver la volonté des parties d'efficacité, et dans des contrats aléatoires où la clause pénale est essentielle, cela

revient à dénaturer le contrat. Cela revient aussi à priver d'effets positifs l'inexécution efficiente et donc forcer les parties à continuer un contrat inefficace.

La nouvelle solution du droit français à cet égard n'engage donc pas les parties à prévoir les effets du contrat, et, pire, leur donne l'illusion que le contrat pourra être adapté, ex-post, à leurs situations économiques, ce qui est faux.

2. Le traitement de l'inexécution en général

Nous l'avons remarqué à plusieurs reprises, le droit français de l'inexécution n'est pas souvent conforme à l'analyse économique du contrat. Mais pouvait-il en être autrement ?

Même si des raisons idéologiques ont guidé les choix législatifs et jurisprudentiels, il ne faudrait pas beaucoup de modifications pour rendre notre droit plus attrayant :

- Comme le préconise D. Tallon⁸⁰, il faudrait que le Code Civil soit réorganisé pour offrir une vision globale des remèdes contractuels. La richesse de notre droit sur le plan des remèdes marque une nette supériorité conceptuelle sur le droit anglais, et si cette présentation « éclatée »⁸¹ n'a pas porté atteinte au développement individuel de ces remèdes (comme le précise G. Viney⁸²), une présentation globale n'aurait pas non plus d'influence néfaste. La variété des remèdes dont dispose le créancier déçu en droit français (exécution forcée, résolution, réfaction, dommages-intérêts à titre principal ou accessoire et des remèdes provisoires comme la mise en demeure, l'exception d'inexécution et la renégociation) nous permettrait d'envisager deux phases successives de remèdes, à la différence de la Common Law qui n'en possède qu'une. C'est ainsi que P. Grosser a pu organiser son essai de classification des remèdes à l'inexécution⁸³.
- Le droit français devrait aussi clarifier son vocabulaire. Nous en avons déjà parlé : lorsqu'il parle de faute ordinaire (et qu'il veut en fait parler d'inexécution), il lui faut utiliser le terme d'inexécution. Comme l'a

⁸⁰ D. Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », op. cit., p. 224 et s.

⁸¹ D. Tallon, op. cit., p. 227.

⁸² G. Viney, « La responsabilité contractuelle en question », in Mélanges Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 921 et s.

⁸³ P. Grosser, « Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification », thèse Paris 1, 2000, sous la direction de J. Ghestin.

remarqué D. Tallon⁸⁴, le terme de faute lourde doit être conservé, mais à notre avis, il doit être défini comme suit : « La faute lourde étant constituée toutes les fois que le débiteur n'a pas exécuté ses obligations, soit à cause d'une négligence coupable, soit dans le but de nuire aux intérêts de son cocontractant. » La faute lourde servirait à priver d'efficacité les clauses exclusives ou limitatives de responsabilité si elle y est prouvée, et à l'exception des cas d'inexécution volontaire. Il faut absolument retirer le critère de volonté de la définition, malgré ce que préconise D. Tallon⁸⁵. Le débat sur la nature des dommages-intérêts (mode d'exécution par équivalent ou mode de réparation) nous apparaît alors secondaire. L'idée de réparation est bien ancrée dans la mentalité juridique française, et il faudrait franchir des étapes autrement plus importantes avant de se poser cette question.

- Il ne faut pas non plus craindre de séparer la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. Le non-cumul des responsabilités serait conservé. Si le débiteur a causé un préjudice digne de la juridiction répressive, c'est qu'en toute logique, il a commis une faute lourde ; car personne ne peut être amené, en exécutant fidèlement un contrat ayant une cause licite, à causer un préjudice physique à quelqu'un. Cette faute lourde ne se confond pas dans ce cas avec l'inexécution simple, il y aura une présomption de faute lourde, qu'il faudra renverser grâce à la force majeure (la preuve de la bonne exécution ne pourra pas être apportée, car, s'agissant d'un contrat ayant une cause licite, sa bonne exécution ne pouvait porter atteinte à la personne du contractant). Les objections quant à l'articulation de la responsabilité contractuelle et délictuelle ne nous paraissent pas dirimantes.

Nous allons d'ailleurs constater que le mouvement est en marche depuis les années 1980 : la conception anglo-saxonne de l'inexécution imputable au débiteur a séduit et séduit encore les commissions et les législateurs. Il ne faudrait pas que notre droit soit obligé de parer au plus pressé lorsque l'harmonisation européenne du droit des contrats débutera vraiment.

⁸⁴ D. Tallon, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », op. cit., p. 438.

⁸⁵ D. Tallon, op. cit., pp. 438-439.

Chapitre 2 : Sa réception par le droit du commerce international

Dans cette partie conclusive, nous aborderons sous forme d'un catalogue, les principaux textes qui ont retenu une présentation à l'anglo-saxonne et ses concepts. Ce sont surtout des textes relatifs au commerce international. Nous verrons donc dans une première partie ces textes teintés de principes issus de la Common Law. Dans une dernière partie, nous répondrons positivement à l'invitation de D. Mazeaud à réécrire notre Code Civil.

I. Dans les textes

Nous avons choisi de ne retenir que les principaux textes et/ou les plus significatifs. Ils sont ici au nombre de cinq : la Convention sur la Vente Internationale de Marchandise de Vienne du 11 Avril 1980 (1), les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international parus en 1994 (2), les principes du droit européen des contrats (commission Lando) parus en 1997 (3). Nous aurions pu y ajouter le *Uniform Commercial Code* (paru en 1952), et le *Restatement Second of the Law of Contracts* (que nous avons déjà étudié plus haut).

1. La Convention de Vienne

Cette convention a été adoptée le 11 Avril 1980, elle a été ratifiée par la France en application de la loi du 10 Juin 1982, et entrée en vigueur le 1^o Janvier 1988. Elle fait désormais partie de notre système juridique, à côté de nos règles de droit interne sur la vente. La convention a été le lieu de nombreux débats entre les juristes de Common Law et les juristes des systèmes de droit romano-germanique. Si C. Mouly a remarqué que les principes développés par la convention de Vienne

ne « déroutent pas le juriste français »⁸⁶, nous pouvons tout de même déceler des caractères marqués de la Common Law.

Nous remarquons que l'inexécution est traitée dans des sections qui portent les titres suivants « Moyens dont dispose l'acheteur en cas de contravention au contrat par le vendeur » (section III du chapitre II sur les obligations du vendeur) et « Moyens dont dispose le vendeur en cas de contravention au contrat par l'acheteur » (section III du chapitre III sur les obligations de l'acheteur). La convention adopte une présentation en termes de remèdes⁸⁷.

En ce qui concerne les remèdes disponibles pour l'acheteur, nous pouvons lire à l'article 46 CVIM : « L'acheteur peut exiger du vendeur l'exécution de ses obligations, à moins qu'il ne soit prévalu d'un moyen incompatible avec cette exigence. » A l'article 47 CVIM, la convention consacre le *Nachfrist* du droit allemand, soit la possibilité pour l'acheteur de donner au débiteur un délai supplémentaire pour exécuter son obligation. A l'article 48 CVIM, elle consacre le *right to cure* de la Common Law, compatible comme dans le modèle d'origine avec des dommages-intérêts. Mais surtout, l'article 49 CVIM consacre la résolution unilatérale en cas de contravention essentielle. La définition de cette locution est donnée à l'article 25 CVIM : nous y retrouvons des éléments essentiels de la Common Law de la rupture unilatérale, à savoir la notion de personne raisonnable (« *reasonable man* » de la Common Law), la notion d'attente légitime (« *reasonable expectation* ») et celle de priver le contractant de ce qu'il avait prévu (« *expectation interests* »). Cet article dispose : « Une contravention au contrat commise par l'une des parties est essentielle lorsqu'elle cause à l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus. » Cette définition se rapproche beaucoup de la définition de la *breach* donnée par le Restatement. La résolution anticipée (« *anticipatory breach* » de la Common Law) est aussi consacrée à l'article 47 CVIM : « A moins qu'il n'ait reçu du vendeur une notification l'informant que celui-ci n'exécuterait pas ses obligations dans le délai

⁸⁶ C. Mouly, « Que change la Convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français interne ? », Dalloz, Chroniques, 1991, p. 77 et s.

⁸⁷ Pour les remèdes disponibles pour l'acheteur et le vendeur : chapitre II et III de la troisième partie sur la Vente de Marchandises, articles 45 à 52 pour les remèdes réservés à l'acheteur ; articles 61 à 65 pour les remèdes réservés au vendeur.

ainsi imparti (...), l'acheteur ne peut se prévaloir d'aucun des moyens dont il dispose », et rappelé à l'article 49 b CVIM : « L'acheteur peut déclarer le contrat résolu : (...) b (...) si le vendeur (...) déclare qu'il ne les livrera pas dans le délai ainsi imparti ». Comme dans le droit de la vente interne, la faute n'est pas à prouver pour engager les remèdes contractuels. Seule compte la constatation de l'inexécution, soit une comparaison objective entre le résultat prévu par le contrat et le résultat effectif. La combinaison entre les remèdes de l'acheteur et les dommages-intérêts est en principe libre, comme dispose l'article 45 CVIM : « L'acheteur ne perd pas le droit de demander des dommages-intérêts lorsqu'il exerce son droit de recourir à un autre moyen. » Toutefois, si l'acheteur veut faire valoir son droit à l'exécution, il ne doit pas avoir exercé des moyens incompatibles au préalable. Le principe est ici comme en Common Law, la liberté contractuelle, puisque le juge ou l'arbitre ne peut accorder de délai de grâce si l'acheteur exerce un de ses moyens. La sanction appartient en premier lieu aux parties, pour une plus grande efficacité.

Quant aux remèdes réservés au vendeur, ils sont les mêmes que ceux de l'acheteur, adaptés au paiement du prix et à la prise de livraison des marchandises.

Il est vrai pourtant que la convention réserve tout de même une grande importance au sauvetage du contrat. Nombreuses sont les dispositions qui permettent de faire fonctionner un contrat défaillant. L'argumentation contestable derrière cette volonté est que les contrats de vente internationaux sont des contrats qui ont demandé du temps et de l'argent : ils ont donc besoin d'être protégés pour ne pas réduire à néant les efforts des contractants. Nous sommes convaincus que la résolution accompagnée de dommages-intérêts (seulement lorsqu'il existera une instance capable d'appliquer cette convention au niveau international) permettra de fluidifier le droit de la vente, en rendant possible la ré allocation des ressources dans les cas où la vente serait devenue inefficace.

2. Les principes d'UNIDROIT

Les premiers pas d'UNIDROIT ont eu lieu dans la pensée d'Ernst Rabel⁸⁸ au début des années 1920. Avant 1985, la commission UNIDROIT réunissait des juristes

⁸⁸ Voir F. Ferrari, op. cit., p. 819 et s.

continentaux essentiellement. Mais en 1985, décision fut prise de renforcer la présence des Common Lawyers. Ils firent une entrée remarquée avec à leur tête E.A. Farnsworth, qui fit, dès son arrivée, des remarques dévastatrices sur le travail effectué, relevant entre autres, le manque de pragmatisme des rédacteurs⁸⁹. Dans une lettre qu'un collègue d'E.A. Farnsworth avait reçu d'un de ses collègues qui l'aidait à travailler, nous découvrons une question qui résume bien le fossé qui nous sépare : en parlant d'une disposition discutée, l'auteur de la lettre pose une naïve question, « *but what sort of problem is this intended to solve ?* »⁹⁰ B. Fauvarque-Cosson⁹¹ remarque que les principes UNIDROIT comportent des dispositions réellement inédites pour des juristes civilistes, notamment les dispositions qui nous intéressent sur la résolution.

L'article 7.2.1 (Performance of monetary obligation) dispose : « Where a party who is obliged to pay money does not do so, the other party may require payment. » Cet article reflète le principe selon lequel le paiement peut toujours être demandé, et si la demande n'aboutit pas, le demandeur peut recourir aux tribunaux.

L'article 7.2.2 (Performance of non-monetary obligation) dispose : « *Where a party who owes an obligation other than one to pay money does not perform, the other party may require performance, unless (a) performance is impossible in law or in fact; (b) performance or, where relevant, enforcement is unreasonably burdensome or expensive; (c) the party entitled to performance may reasonably obtain performance from another source; (d) performance is of an exclusively personal character; or (e) the party entitled to performance does not require performance within a reasonable time after it has, or ought to have, become aware of the non-performance.* » Nous voyons ici que la *specific performance* est possible pour les obligations autres que les obligations de payer. Cette disposition n'est pas surprenante pour un juriste de droit civil. Elle le serait d'avantage pour un juriste de Common Law si elle n'était pas assortie de conditions. Reprenant l'approche de la Convention de Vienne (article 46 précité), l'exécution forcée ne peut intervenir que dans certaines circonstances, tout comme en Common Law. Même si l'exécution doit être accordée par le juge si elle est demandée, les conditions négatives dont elle est assortie réduisent considérablement sa portée réelle. Les cas où elle ne sera pas

⁸⁹ M. Fontaine, op. cit., p. 58.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ B. Fauvarque-Cosson, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », Revue Internationale de Droit Comparé, n°2, 1998, pp. 463 et s.

accordée sont : si elle est impossible en fait ou en droit (elle est alors remplacée par des dommages-intérêts), si elle fait porter une charge trop lourde sur les épaules du débiteur (contraire à la bonne foi ou à un *fair deal*), s'il existe une prestation de remplacement (les rédacteurs précisent que, si le marché est ouvert, il ne peut y avoir d'exécution forcée, mais uniquement des dommages-intérêts), si l'obligation possède un caractère personnel très marqué (atteinte à la liberté personnelle du débiteur), ou si elle est demandée au-delà d'un délai raisonnable. Ces conditions d'application restrictives laissent à penser que nous sommes face à un avatar de *specific performance*, plutôt que de l'exécution forcée de *civil Law*

L'article 7.2.5 précise que si le créancier a requis l'exécution forcée et qu'il ne l'a pas obtenue dans le délai fixé ou, à défaut, dans une période raisonnable, peut invoquer tous les autres remèdes. Cette disposition montre que, si l'exécution forcée ne fonctionne pas, les autres remèdes (surtout les dommages-intérêts) pourront clore le litige.

L'article 7.3.1 (Right to terminate the contract) dispose que : « (1) *A party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance. (2) In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental non-performance regard shall be had, in particular, to whether (a) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen such result; (b) strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract; (c) the non-performance is intentional or reckless; (d) the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance; (e) the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated. (3) In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract if the other party fails to perform before the time allowed it under Article 7.1.5 has expired.* » Ici, le principe est clair, et nous y trouvons une visible influence de la Common Law. Nous y trouvons presque à l'identique la notion de *fundamental breach* (contravention essentielle, dans le langage de la Convention de Vienne). Lorsque celle-ci est constatée par le créancier, il est en droit de terminer le contrat, sans avoir à demander la résolution au juge. L'article 7.3.2 (*Notice of termination*) précise que cette résolution non judiciaire n'a d'effets que si elle est

notifiée (*a notice*) à la partie défaillante, et si cette dernière n'a pas fait d'offre de remplacement avant. L'article 7.3.3 (*Anticipatory non-performance*) précise que : « *Where prior to the date for performance by one of the parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by that party, the other party may terminate the contract.* », consacrant ainsi la résolution anticipée de la Common Law.

L'article 7.4.1 (*Right to damages*) confirme le droit aux dommages-intérêts, comme remède à titre principal ou à titre accessoire, combiné avec l'exécution forcée. Le droit aux dommages-intérêts résulte selon la lettre de cet article de la seule inexécution. Il n'est nul besoin de prouver la faute du débiteur, comme pour déclencher tous les autres remèdes. La faute est complètement absente des principes UNIDROIT. Les rédacteurs ont pu préciser que l'étendue de l'inexécution est évaluée au regard du contenu de l'obligation, selon qu'il s'agit d'une obligation de résultat ou d'une obligation de moyens. Néanmoins, le droit aux dommages-intérêts est ouvert pour toutes les sortes d'obligations. Au contraire de la *specific performance*, il ne sert à rien ici de chercher une *fundamental breach*.

3. Les principes du droit européen des contrats

Dans ce texte, nous décelons aussi une inspiration de la Common Law. Destinés à servir de modèle pour un futur code européen des obligations contractuelles, ils sont très proches de la Common Law pour deux raisons.

Tout d'abord, la forme et la présentation adoptée évoque inévitablement le *Restatement*. Le Chapitre 8 de ces principes est consacré à l'inexécution et « aux moyens en général ». Il convient de comprendre le terme « moyens » comme un synonyme du terme « remèdes » ou « *remedies* », c'est d'ailleurs ce terme de *remedies* qui est consacré dans la version officielle des principes. Nous remarquons qu'encore une fois, c'est la *remedial approach* qui est consacrée dans ces principes européens. Le chapitre 9 développe lui les moyens concrets dont disposent les parties en cas d'inexécution.

Certains concepts retenus sont plus courants dans les droits de Common Law que dans les droits romains. Tout d'abord, pas besoin d'une faute contractuelle pour mettre en oeuvre la responsabilité : la simple constatation de l'inexécution suffit (article 8 :101). On y parle aussi de libre cumul des remèdes (article 8 :103), et du *right to cure* (article 8 :104). On y parle aussi d'une possibilité pour le juge de refuser

de forcer l'exécution si le créancier a eu l'occasion d'effectuer une opération de remplacement sans efforts ni frais appréciables (article 9 :101), consacrant ainsi un raisonnement de type néolibéral, incarné par le mouvement Law and Economics. On peut même y voir un apport de l'Equity, dans la formulation de l'article 9 :101 in fine : « ou que l'exécution de son obligation n'apparaisse déraisonnable eu égard aux circonstances ». Le caractère déraisonnable et la relation aux faits de l'espèce nous rappellent des mécanismes que nous avons étudié plus haut (cf « Le recours à l'Equity »). La reconnaissance de la résolution par notification (article 9 :303) est aussi un des indices qui nous laissent à penser que le pragmatisme de la Common Law a séduit les rédacteurs. Dans la mesure des dommages-intérêts (article 9 :502), nous trouvons aussi une trace de la Common Law, avec une formulation typique : « placer le créancier dans la situation où il se serait trouvé si le contrat avait été dûment exécuté. » Cela devient classique dans les textes internationaux, mais l'obligation de *mitigation* est aussi présente à l'article 9 :505. De manière générale, il règne dans ces principes européens du droit des contrats une atmosphère de Common Law, qui ne s'est manifestement pas rendue odieuse aux yeux des rédacteurs. Nous reproduisons ci-dessous ces principes dans les dispositions qui nous intéressent, car nous pensons que leur rédaction est exemplaire et remarquable de clarté.

LES PRINCIPES DU DROIT EUROPEEN DES CONTRATS - Version
complète et révisée 1998

CHAPITRE 8: INEXÉCUTION ET MOYENS EN GÉNÉRAL

Article 8:101: Moyens dont dispose le créancier

(1) Toutes les fois qu'une partie n'exécute pas une obligation résultant du contrat et qu'elle ne bénéficie pas de l'exonération prévue à l'article 8:108, le créancier est fondé à recourir à l'un quelconque des moyens prévus au chapitre 9.

(2) Lorsque le débiteur bénéficie de l'exonération prévue à l'article 8:108, le créancier est fondé à recourir à l'un quelconque des moyens prévus au chapitre 9 excepté les demandes d'exécution en nature et de dommages et intérêts.

(3) Une partie ne peut recourir à aucun des moyens prévus au chapitre 9 dans la mesure où l'inexécution de l'autre partie est imputable à un acte de sa part.

Article 8:102: Cumul des moyens

Les moyens qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés. En particulier, une partie ne perd pas le droit de demander des dommages et intérêts en exerçant son droit de recourir à tout autre moyen.

Article 8:103: Inexécution essentielle

L'inexécution d'une obligation est essentielle lorsque

- (a) la stricte observation de l'obligation est de l'essence du contrat ;
- (b) l'inexécution prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, à moins que le débiteur n'ait pas prévu ou n'ait pas pu raisonnablement prévoir ce résultat ;
- (c) ou l'inexécution est intentionnelle et donne à croire au créancier qu'il ne peut pas compter dans l'avenir sur une exécution par l'autre partie.

Article 8:104: Correction par le débiteur

La partie dont l'offre d'exécution n'est pas acceptée par le co-contractant pour défaut de conformité au contrat peut faire une offre nouvelle et conforme si la date de l'exécution n'est pas arrivée ou si le retard n'est pas tel qu'il constituerait une inexécution essentielle.

Article 8:106: Notification d'un délai supplémentaire pour l'exécution

- (1) Dans tous les cas d'inexécution, le créancier peut notifier au débiteur qu'il lui impartit un délai supplémentaire pour l'exécution.
- (2) Avant l'expiration de ce délai, le créancier peut suspendre l'exécution de ses obligations corrélatives et demander des dommages et intérêts, mais il ne peut se prévaloir d'aucun autre moyen. S'il reçoit du co-contractant une notification l'informant que celui-ci n'exécutera pas pendant le délai, ou si à l'expiration du délai supplémentaire l'exécution correcte n'est pas intervenue, il peut se prévaloir de l'un quelconque des moyens prévus au chapitre 9.
- (3) Lorsque le retard dans l'exécution ne constitue pas une inexécution essentielle et que le créancier a dans sa notification impartit un délai supplémentaire de durée raisonnable, il est fondé à résoudre le contrat à l'expiration dudit délai si le débiteur n'a pas exécuté. Le créancier peut stipuler dans sa notification que l'inexécution dans le délai impartit emportera de plein droit résolution du contrat. Si le délai fixé est trop court, la résolution peut intervenir, à l'initiative du créancier ou s'il y a lieu de plein droit, au terme d'une durée raisonnable à compter de la notification.

Article 8:108: Exonération résultant d'un empêchement

- (1) Est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que cette inexécution est due à un empêchement qui lui échappe et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences.
- (2) Lorsque l'empêchement n'est que temporaire, l'exonération prévue par le présent article produit son effet pendant la durée de l'empêchement. Cependant, si le retard équivaut à une inexécution essentielle, le créancier peut le traiter comme tel.

(3) Le débiteur doit faire en sorte que le créancier reçoive notification de l'existence de l'empêchement et de ses conséquences sur son aptitude à exécuter dans un délai raisonnable à partir du moment où il en a eu, ou aurait dû en avoir, connaissance. Le créancier a droit à des dommages et intérêts pour le préjudice qui pourrait résulter du défaut de réception de cette notification.

Article 8:109: Clause excluant ou limitant les moyens

Les moyens accordés en cas d'inexécution peuvent être exclus ou limités à moins que ce ne soit contraire aux exigences de la bonne foi.

CHAPITRE 9: LES DIVERS MOYENS EN CAS D'INEXÉCUTION

Section 1: Droit à l'exécution

Article 9:101: Dettes de somme d'argent

(1) Le créancier a droit d'obtenir paiement d'une dette de somme d'argent exigible.

(2) Lorsque le créancier n'a pas encore exécuté sa propre obligation et qu'il est manifeste que le débiteur n'acceptera pas de recevoir l'exécution, le créancier peut néanmoins passer à l'exécution et obtenir paiement de toute somme exigible en vertu du contrat à moins

(a) qu'il n'ait eu la possibilité d'effectuer une opération de remplacement raisonnable sans efforts ni frais appréciables,

(b) ou que l'exécution de son obligation n'apparaisse déraisonnable eu égard aux circonstances.

Article 9:102: Obligations autres que de somme d'argent

(1) Le créancier d'une obligation autre que de somme d'argent a droit d'exiger l'exécution en nature, y compris la correction d'une exécution défectueuse.

(2) Toutefois, l'exécution en nature ne peut être obtenue lorsque

(a) l'exécution serait impossible ou illicite ;

(b) elle comporterait pour le débiteur des efforts ou dépenses déraisonnables ;

(c) elle consiste à fournir des services ou réaliser un ouvrage présentant un caractère personnel ou dépend de relations personnelles ;

(d) ou le créancier peut raisonnablement obtenir l'exécution par un autre moyen.

(3) Le créancier est déchu du droit à l'exécution en nature s'il manque à la demander dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution.

Article 9:103: Conservation du droit d'obtenir des dommages et intérêts

Les dispositions précédentes en vertu desquelles l'exécution en nature n'est pas admise ne font point obstacle à une demande de dommages et intérêts.

Section 2: Exception d'inexécution

Article 9:201: Droit de suspendre l'exécution

(1) Une partie tenue d'exécuter dans le même temps que l'autre ou après elle peut, tant que le co-contractant n'a pas exécuté ou offert d'exécuter, suspendre l'exécution de sa prestation en tout ou en partie, ainsi qu'il est raisonnable eu égard aux circonstances.

(2) Une partie peut de même suspendre l'exécution de sa prestation dès lors qu'il est manifeste qu'il y aura inexécution de la part du co-contractant à l'échéance.

Section 3: Résolution du contrat

Article 9:301: Droit de résoudre le contrat

(1) Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part du cocontractant.

(2) En cas de retard, le créancier peut également résoudre le contrat en vertu de l'article 8:106, alinéa 3.

Article 9:303: Notification de la résolution

(1) La résolution du contrat s'opère par notification au débiteur.

(2) Le créancier est déchu du droit de résoudre le contrat s'il n'adresse pas notification dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution.

(3) (a) Lorsque l'exécution n'est pas offerte à l'échéance, le créancier n'a pas à adresser notification avant qu'une offre ne soit faite. En cas d'offre d'exécution tardive, il est déchu du droit de résoudre le contrat s'il n'adresse pas notification dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'offre d'exécution.

(b) Si toutefois le créancier sait ou a justes raisons de savoir que le débiteur entend toujours offrir l'exécution dans un délai raisonnable, et si, de façon déraisonnable, il manque à lui notifier qu'il n'acceptera pas l'exécution, il est déchu du droit de résoudre le contrat dans le cas où le débiteur offre effectivement l'exécution dans un délai raisonnable.

(4) Lorsqu'une partie est exonérée en vertu de l'article 8:108, en raison d'un empêchement absolu et permanent, le contrat est résolu à compter de la survenance de l'empêchement, de plein droit et sans qu'il soit besoin d'aucune notification.

Article 9:304: Inexécution par anticipation

Lorsque, dès avant la date à laquelle une partie doit exécuter, il est manifeste qu'il y aura inexécution essentielle de sa part, le co-contractant est fondé à résoudre le contrat.

Section 5: Dommages et intérêts

Article 9:501: Droit à dommages et intérêts

(1) Le créancier a droit à dommages et intérêts pour le préjudice que lui cause l'inexécution lorsque le débiteur ne bénéficie pas de l'exonération prévue à l'article 8:108.

(2) Le préjudice réparable inclut :

(a) le préjudice non pécuniaire,

(b) le préjudice futur dont la réalisation peut raisonnablement être tenue pour vraisemblable.

Article 9:502: Mesure des dommages et intérêts en général

Les dommages et intérêts sont en règle générale d'un montant qui permette de placer, autant que possible, le créancier dans la situation où il se serait trouvé si le contrat avait été dûment exécuté. Ils tiennent compte tant de la perte qu'il a subie que du gain dont il a été privé.

Article 9:504: Préjudice imputable au créancier

Le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant que ce dernier a contribué à l'inexécution ou aux conséquences de celle-ci.

Article 9:505: Réduction du préjudice

(1) Le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant que ce dernier aurait pu réduire son préjudice en prenant des mesures raisonnables.

(2) Le créancier a droit au remboursement de tous frais qu'il a raisonnablement engagés en tentant de réduire le préjudice.

Article 9:506: Contrat de remplacement

Le créancier qui a résolu le contrat et passé un contrat de remplacement dans un délai et d'une manière raisonnables, est fondé à obtenir la différence entre le prix du contrat originel et celui du contrat de remplacement, ainsi que des dommages et intérêts pour tout autre préjudice, pour autant que ces dommages et intérêts seraient dus en vertu de la présente section.

Article 9:508: Retard dans le paiement d'une somme d'argent

(1) En cas de retard dans le paiement d'une somme d'argent, le créancier a droit aux intérêts de cette somme entre l'échéance et la date du paiement, au taux bancaire de base à court terme moyen pratiqué pour la monnaie de paiement du contrat au lieu où le paiement doit être effectué.

(2) Le créancier peut en outre obtenir des dommages et intérêts pour tout autre préjudice, pour autant que ces dommages et intérêts seraient dus en vertu de la présente section.

Article 9:509: Clauses relatives aux conséquences pécuniaires de l'inexécution

(1) Lorsque le contrat porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à raison de l'inexécution, cette somme sera allouée au créancier indépendamment de son préjudice effectif.

(2) Cependant, nonobstant toute stipulation contraire, la somme peut être réduite à un montant raisonnable si elle est manifestement excessive par rapport au préjudice résultant de l'inexécution et aux autres circonstances.

II. Dans l'esprit

« Dessine-moi un code civil... »⁹². Nous répondons ici à l'enthousiaste invitation de D. Mazeaud : oui, redessignons le Code Civil français, pour ne pas risquer de prendre le train de l'unification juridique européenne en marche. Offrons à notre droit des contrats une nouvelle jeunesse. Le but de cette modeste étude n'était pas de prouver qu'un système était supérieur à l'autre, mais de montrer que le traitement de l'inexécution imputable au débiteur était plus attractif, parce que plus pragmatique, en Common Law. Il est des points sur lesquels notre droit est plus évolué : notamment sur la variété de nos remèdes contractuels, sur la volonté de développer une théorie globale des obligations, et surtout grâce à la codification, instrument parfait d'unification.

Deux exemples récents démontrent d'ailleurs que codification peut rimer avec modernité. Le premier de ces exemples (Le Code Civil du Québec) nous montre qu'un système de *civil Law* peut s'inspirer de la Common Law sans perdre ses spécificités, et le second (la réforme du *Bürgerliches Gesetzbuch*) nous prouve que l'on peut réformer un système de droit romain et le rendre attractif pour le droit des affaires.

Le Code Civil du Québec, revisité en 1991, a été le lieu de débats intenses puisque, proche géographiquement et économiquement des Etats-Unis, mais proche culturellement et juridiquement de la France, le Québec était à cheval sur deux traditions juridiques. P. G. Gobin⁹³ fait remarquer que « les rédacteurs du nouveau code (...) ont puisé dans les droits de la famille de Common Law et dans les textes internationaux. M. Glenn a d'ailleurs fait cette observation étonnante que, parmi les dispositions de l'ensemble du livre sur les obligations (incluant les contrats nommés)

⁹² Intervention de D. Mazeaud, « La matière du contrat », lors du colloque « Les concepts contractuels français », tenu à la Faculté Jean Monnet, les 30 et 31 Janvier 2003, à Sceaux.

⁹³ P.G. Jobin, « La modernité du droit commun des contrats dans le Code Civil du Québec : quelle modernité ? », *Revue Internationale de Droit Comparé*, n°1, 2000, p.49 et s. Voir les statistiques en p. 71.

qui se sont inspirées d'une ou plusieurs sources étrangères, ce sont les droits de Common Law qui viennent en tête de la liste, suivis du droit français, puis de droits civils autres que le droit français. » Plus loin, en note, il précise même les chiffres : « 52% pour les droits de Common Law, 30% pour le droit français et 15% pour les autres droits civils », le reste étant inspiré des projets de codes civils antérieurs, eux-mêmes inspirés de sources étrangères. Le code civil québécois est bien un code moderne, en ce qu'il consacre plus de place à des thématiques plus étudiées de nos jours (comme les effets du contrat), et consacre des principes « à la mode » (la bonne foi, par exemple). L'article 1590 de ce code dispose : « L'obligation confère au créancier le droit d'exiger qu'elle soit exécutée entièrement, correctement et sans retard. », consacrant ainsi le principe du respect à la parole donnée. Le droit québécois appartient toujours à la famille de droit civil, c'est incontestable, mais le fait que la Common Law arrive en tête des influences de ce nouveau code est très significatif. Même dans ce pays, farouchement attaché à son identité culturelle avec la France, la Common Law a percé. Elle se remarque, par exemple, par l'absence de faute contractuelle ordinaire (article 1458 : « Toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés. Elle est, lorsqu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à son cocontractant et tenue de réparer ce préjudice; ni elle ni le cocontractant ne peuvent alors se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables ») et l'acceptation de la résolution non-judiciaire (article 1605 : « La résolution ou la résiliation du contrat peut avoir lieu sans poursuite judiciaire lorsque le débiteur est en demeure de plein droit d'exécuter son obligation ou qu'il ne l'a pas exécutée dans le délai fixé par la mise en demeure. ») Comme l'a remarqué notre commentateur⁹⁴, « En 1991, le vent du néolibéralisme s'était levé au Québec, comme ailleurs au Canada. » Ce code montre donc l'enjeu évident à rendre notre droit plus attractif, et éviter ainsi que les droits de Common Law n'étendent leur influence sur tous les systèmes. Certains auteurs craignent une disparition de notre spécificité si nous cherchons à adapter nos textes à la réalité du monde des affaires, l'exemple suivant nous amène à penser le contraire.

Promulgué le 18 Août 1896, le Code Civil allemand (BGB) a toujours eu le caractère d'un code novateur et moderne. Il l'est d'autant plus depuis la réforme

⁹⁴ P.G. Jobin, op. cit. p. 74.

entrée en vigueur le 1^o Janvier 2002⁹⁵. Ce code est la preuve que l'on peut réformer le droit des obligations dans un texte cohérent et complet. Il est intéressant de remarquer que là aussi la *remedial approach* est de mise. Les auteurs de la réforme ont pensé un concept original de déclenchement de responsabilité contractuelle : la violation d'obligation née d'un acte juridique (*Pflichtverletzung*). Ce concept purement objectif est destiné à remplacer le terme d'inexécution, qui laisse de côté la mauvaise exécution, l'exécution partielle et le retard dans l'exécution. La violation positive du contrat disparaît en tant que concept autonome, et s'inclut dans le concept unitaire de *Pflichtverletzung*. Ce concept est novateur et séduisant puisqu'il propose un fondement unique. Nul doute que ces nouveaux concepts seront largement commentés. De même, la résolution des contrats synallagmatiques est non judiciaire, ce qui rapproche le BGB des grands instruments d'unification du droit que nous avons vu plus haut. Mais le BGB reste fidèle à la tradition romaniste : il insiste de plus en plus sur le droit à l'exécution en nature (article 437, 439 et articles 281 et 282 sur le délai supplémentaire disponible en cas d'inexécution) et renforce ainsi le respect à la parole donnée en Allemagne. Ce devrait être la preuve que nous pouvons réformer notre droit, y intégrer les précisions et les concepts qui y font défaut, en codifiant et sans perdre notre identité.

Nous devons faire valoir, au sein de la Communauté Européenne, nos concepts juridiques. Des auteurs, outre D. Mazeaud et D. Tallon, ont pu proposer des systèmes originaux⁹⁶. Nous voulions simplement apporter quelques raisons supplémentaires de croire en l'urgence d'une réforme de notre droit des contrats.

⁹⁵ Toutes les précisions données ici sont tirées du cours de B. Fages de droit comparé des obligations, droit français et droit allemand, dispensé à l'Institut de Droit Comparé, 2001-2002.

⁹⁶ Cf la thèse de P. Grosser, op. cit. et l'article de R. Desgorges, « La combinaison des remèdes en cas d'inexécution du contrat imputable au débiteur », in Mélanges D. Tallon, Société de Législation Comparée, Editions Panthéon-Assas, 1999, ou l'article percutant de P. Rémy « La responsabilité contractuelle, l'histoire d'un faux concept », R.T.D.Civ, n°2, Avril-Juin 1997, p. 323 et s.

BIBLIOGRAPHIE

I. Textes généraux

- Code Civil français, 102° Edition, Dalloz, 2003.
- Code de Commerce français, 98° Edition, Dalloz, 2003.
- *Principles of European Contract Law, Part 1 : Performance, Non-performance and Remedies*, Commission on European Contract Law, edited by O. Lando and H. Beale, original version, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- Même ouvrage, version Mai 2002.
- *Restatement (Second) on the Law of Contracts*, Etats-Unis, American Law Institute, West, 1981.
- Bürgerliches Gesetzbuch, 1896, mise à jour du 1/1/1967, version française.
- Résolution du Parlement Européen du 6 Mai 1994, publiée au J.O.C.E. 1994, C. 205, pp. 518 et s.
- Résolution du Parlement Européen du 26 Mai 1989, publiée au J.O.C.E. 1989, C. 158, pp. 400 et s.

II. Jurisprudence française

- Cass, Civ 1°, 7/10/1992, JCP, 1993, II 22071, note F. Chabas.
- CA Paris, 13/09/2000, RJDA, 3/2001, Décisions du Mois, n°271, p. 251.
- CA Versailles, 4/02/2003, RJDA, 5/2003, Décisions, n° 465, pp. 419-420.
- Cass, Civ 2°, 4/03/1954, JCP, 1954, II 8122, note R. Rodière.
- CA Paris, 15/09/1992, D. 1993, p 98, note Delebecque.

III. Jurisprudence anglaise

- *Alfred C. Toepfer International GmbH v. Itex Hagrani Export SA*, 1993, 1 Lloyds Rep., 360, 362.
- *Hall v. Brooklands Auto Racing Club*, 1933, 1 KB, 205, 217.
- *Pilbrow v. Pearless de Rougemont & Co*, 1999, 3 All ER 355, CA.
- *Frost v. Knight*, 1872, 7 Ex 111.
- *Vitol SA v. Norelf Ltd*, 1996, AC 800.
- *White & Carter v. McGregor*, 1962, AC 413.
- *Addis v. Gramophone Co Ltd*, 1909, AC 488.
- *Jarvis v. Swan Tours Ltd*, 1973, 1 All ER 71, CA.
- *Heywood v. Wellers*, 1976, 1 All ER 45.
- *Victoria Laundry Ltd v. Newman Industries Ltd*, 1949, 2 KB 528 .
- *Brace v. Calder*, 1895, 2 QB 253.
- *Hill v. CA Parsons Ltd*, 1972.
- *Irani v. Southampton AHA*, 1985.
- *Warren v. Mendy*, 1989, 1 WLR 853.
- *Dunlop Pneumatic tyre Ltd v. New Garage and Motor Co*, 1915, AC 79.

IV. Manuels et ouvrages généraux

- *The Forms of Action at Common Law*, F.W. Maitland, 1909, 2° Edition, 1962.
- *Contracts, morality, economics, and the marketplace*, D. Fessler, P. Loiseaux, American Casebook Series, West publishing Co., 1982.
- *What next in the law ?*, Lord Denning, Butterworths, 1982.
- *Principles of Morals and Legislation*, J. Bentham, Prometheus Books, 1986, 1° Edition 1822.
- *Traité de Droit Civil, la Responsabilité : Effets*, G. Viney, L.G.D.J., 1988.
- *Contract Law today, Anglo-French Comparisons*, D. Harris, D. Tallon, Clarendon Press, 1989.
- *An Introduction to English Legal History*, J.H. Baker, 3° Edition, Oxford University Press, 1990.
- *Le contrat en droit allemand*, M. Pédamon, L.G.D.J., 1993.
- *Epistémologie du droit*, C. Atias, collection « Que sais-je ? », P.U.F., 1994.
- *Introduction to Contract Law*, G. Treitel, Clarendon Press, 1995.

- *Lexique des termes juridiques*, 11° Edition, Dalloz, 1995.
- *Traité de droit civil : introduction à la responsabilité*, G. Viney, L.G.D.J., 2° Edition, 1995.
- *Le droit international des affaires*, J. Schapira et C. Leben, collection « Que sais-je ? », P.U.F., 1996.
- *Droit privé Allemand*, F. Ferrand, Dalloz, 1997.
- *Contract Law*, E. McKendrick, 3°Edition, MacMillan, 1997.
- *Le droit anglais*, R. David et X. Blanc-Jouvan, collection « Que sais-je ? », P.U.F., 1998.
- *Contentieux Contractuel*, C. Atias, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1998.
- *Grands systèmes de droit étrangers*, M. Fromont, 3°Edition, Dalloz, 1998.
- *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, D. Ibbetson, Oxford University Press, 1999.
- *A History of the Common Law of Contract*, A.W.B. Simpson, Oxford University Press, Clarendon Press, 1999.
- *Le contrat en droit anglais*, J.-C. Montanier, G. Samuel, Presses Universitaires de Grenoble, 1999.
- *Le droit comparé*, P. Legrand, collection « Que sais-je ? », P.U.F., 1999.
- *Contract Law*, Cavendish Law Cards, 1999.
- *Droit civil, les Obligations, le Contrat*, C. Larroumet, 4°Edition, Economica, 1999.
- *Textbook on Torts*, M.A. Jones, 7° Edition, Blackstone Press Limited, 2000.
- *Quid*, D. et M. Frémy, Ed. Robert Laffont, 2000.
- *Economie du Droit : le cas français*, A.I. Ogus et M. Faure, Editions Panthéon-Assas, 2001.
- *The Anglo-American law of contracts*, E. Errante, L.G.D.J.-Jupiter, 2° Edition, 2001.
- *Contract Law*, C. Elliott & F. Quinn, 3°Edition, Longman, 2001.
- *Traité de Droit Civil, les Effets du Contrat*, J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau, L.G.D.J., 3°Edition , 2001.
- *Les grands systèmes de droit contemporains*, R. David et C. Jauffret-Spinosi, Dalloz, 11° Edition, 2002.

V. Thèses

- *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, P. Grosser, Paris I, sous la direction de J. Ghestin, non publiée, 2000.
- *L'inexécution licite du contrat*, C. Chabas, sous la direction de J. Ghestin, BDP n°380, L.G.D.J., 2001.
- *L'exception d'inexécution*, C. Malecki, sous la direction de J. Ghestin, BDP n° 390, L.G.D.J., 2001.
- *La proportionnalité*, S. Pech, sous la direction de H. Muir-Watt, BDP, L.G.D.J., 1999.
- *Inexécution et résolution en droit anglais*, B. Gilson, Bibliothèque de droit privé, n°90, (disparu de la bibliothèque de Lille 2).

VI. Articles et Commentaires

1934

- G. Ripert, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in Etudes offertes à F. Génay, Tome II, Librairie du Recueil Sirey, 1934, pp. 347 et s.
- L. Josserand, « L'essor moderne du concept contractuel », in Etudes offertes à F. Génay, Tome II, Librairie du Recueil Sirey, 1934, pp. 333 et s.

1950

- P. Esmein, « L'obligation et la responsabilité contractuelle », in Mélanges Ripert, Tome II, 1950, pp. 101 et s.

1954

- R. Rodière, « Une notion menacée : la faute ordinaire dans les contrats », Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1954, pp. 201 et s.

1960

- R. Coase, « The problem of social costs », Journal of Law and Economics, volume 3, 1960, pp. 1-44.

1964

- P. Esmein, « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité », Dalloz, Chroniques, 1964, pp. 205 et s.
- E. Hallstein, « Angleichung des Privat und prozessrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft », RabelsZ 28, 1964, pp. 211, 230.

1972

- G. Calabresi and A.D. Melamed, « Property rules, liability rules, and inalienability : one view of the cathedral », Harvard Law Review n°6, volume 85, Avril 1972, pp. 1089 et s.

1985

- P. Le Tourneau, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in Mélanges offerts à P. Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 349 et s.

1991

- C. Mouly, « Que change la Convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français interne ? », Dalloz, Chroniques, 1991, p. 77 et s.

1993

- D. Tallon, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in Ecrits en hommage à G. Cornu, Presses Universitaire de France, 1993, p. 429 et s.

1994

- D. Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1994, pp. 223 et s.

1995

- P. Legrand, « Questions à R. Sacco », Revue Internationale de Droit Comparé, n°4, 1995, pp. 943 et s.

- C. Witz, « Vers un droit privé européen des contrats ? », Revue Internationale de Droit Comparé, n° spécial : « Premières journées juridiques franco-israéliennes, Jerusalem, Tel-Aviv, Haifa, 24 au 27 Avril 1995 », volume 17, 1995, pp. 217 et s.
- R. Sanilevici, « Specific performance in Israeli contract law : civil law and common law influences », Revue Internationale de Droit Comparé, n° spécial : « Premières journées juridiques franco-israéliennes, Jerusalem, Tel-Aviv, Haifa, 24 au 27 Avril 1995 », volume 17, 1995, pp. 115 et s.

1996

- F. Ferrari, « Interprétation uniforme de la convention de Vienne sur la vente internationale », Revue Internationale de Droit Comparé, n°4, 1996, p. 813 et s.
- P. Legrand, « Sens et non-sens d'un code civil européen », Revue Internationale de Droit Comparé, n° 4, 1996, pp. 779 et s.

1997

- P. Rémy, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », Revue Trimestrielle de Droit Civil, n°2, Avril-Juin 1997, pp. 323 et s.

1998

- B. Fauvarque-Cosson, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », Revue Internationale de Droit Comparé, n°2, 1998, pp. 463 et s.
- P. Bézard, « Le droit français est-il encore exportable ? », in Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda, *Propos Impertinents de Droit des Affaires*, Dalloz, 1998, pp. 43 et s.
- G. Alpa, « Les nouvelles frontières du droit des contrats », Revue Internationale de Droit Comparé, n°4, 1998, pp.1015 et s.
- J. Basedow, « Un droit commun des contrats pour le marché commun », Revue Internationale de Droit Comparé, n°1, 1998, pp. 7 et s.

1999

- M. Fontaine, « Paiement et *performance* », in Mélanges en l'honneur de D. Tallon, *D'ici, d'ailleurs : Harmonisation et dynamique du droit*, Société de Législation Comparée, 1999, pp. 57 et s.
- A.I. Ogus, « Economic Analysis and Comparative Law », in Mélanges D. Tallon, *D'ici, d'ailleurs : Harmonisation et dynamique du droit*, Société de Législation Comparée, 1999, pp. 169 et s.
- R. Desgorges, « La combinaison des remèdes en cas d'inexécution du contrat imputable au débiteur », in Mélanges D. Tallon, *D'ici, d'ailleurs : Harmonisation et dynamique du droit*, Société de Législation Comparée, 1999, pp. 243 et s.
- D. Lamèthe, « L'uniformisation des pratiques contractuelles et la mondialisation », in Mélanges D. Tallon, *D'ici, d'ailleurs : Harmonisation et dynamique du droit*, Société de Législation Comparée, 1999, pp. 303 et s.
- G. Rouhette, « Brefs propos sur le volontarisme contractuel », in Mélanges D. Tallon, *D'ici, d'ailleurs : Harmonisation et dynamique du droit*, Société de Législation Comparée, 1999, pp. 317 et s.

2000

- P.G. Jobin, « La modernité du droit commun des contrats dans le Code Civil du Québec : quelle modernité ? », *Revue Internationale de Droit Comparé*, n°1, 2000, pp. 49 et s.
- C. Witz, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *Recueil Dalloz* 2000, Chroniques, p.79.

2001

- F. Bellivier et R. Sefton-Green, « Force obligatoire du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatiste », in Etudes offertes à J. Ghestin, *Le contrat au début du XXI^e siècle*, L.G.D.J., 2001, pp. 91 et s.
- J.Huet, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in Etudes offertes à J. Ghestin, *Le contrat au début du XXI^e siècle*, L.G.D.J., 2001, pp. 426 et s.

- F. Terré, « L'inutile et l'injuste », in Etudes offertes à J. Ghestin, *Le contrat au début du XXI^e siècle*, L.G.D.J., 2001, pp. 865 et s.
- G. Viney, « La responsabilité contractuelle en question », in Etudes offertes à J. Ghestin, *Le contrat au début du XXI^e siècle*, L.G.D.J., 2001, pp. 921 et s.
- E.A. Farnsworth, « Specific relief in American Law », in Etudes offertes à J. Ghestin, *Le contrat au début du XXI^e siècle*, L.G.D.J., 2001, pp. 331 et s.
- S. Jahel, « Droit des affaires et religions », *Revue Internationale de Droit Comparé*, n°4, 2001, pp. 879 et s.
- C. Jamin, "Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ?", in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de Droit Comparé*, sous la direction de M. Fontaine et de G. Viney, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, L.G.D.J., 2001, pp. 451 et s.

2002

- C. Witz, « La nouvelle jeunesse du B.G.B. insufflée par la réforme du droit des obligations », *Dalloz 2002, Chroniques*, p. 3156 et s.
- C. Jamin, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *Dalloz 2002, chroniques* p. 901 et s.

2003

- Intervention de D. Mazeaud, « La matière du contrat », lors du colloque « Les concepts contractuels français », tenu à la Faculté Jean Monnet, les 30 et 31 Janvier 2003, à Sceaux.

VII. Cours

- Cours du professeur G.Samuel, « English Contract Law », Institut de Droit Comparé, 2001-2002.
- Cours du professeur P.Legrand, « Initiation au Droit Anglais », Faculté de Lille 2, 1998-1999.

- Cours du professeur A.I.Ogus, « Law and Economics », Institut de Droit Comparé, 2001-2002.
- Cours du professeur K.Kerameus, « Harmonisation ou Unification », Institut de Droit Comparé, 2001-2002.
- Cours de droit comparé des contrats par le Professeur G.A. Bermann, professeur à Columbia (Etats-Unis), enseigné à l'Institut de Droit Comparé, 2001-2002.
- Cours de B. Fages de droit comparé des obligations, droit français et droit allemand, dispensé à l'Institut de Droit Comparé, 2001-2002.