

FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE DE MONTPELLIER

M1
Cours de droit privé comparé

Cours du professeur Rémy Cabrillac

Document de travail

PLAN DE COURS

INTRODUCTION

- A) Les projets doctrinaux
- B) Les initiatives institutionnelles
- C) Les réformes nationales

CHAPITRE PRELIMINAIRE: LA NOTION DE CONTRAT

SECTION I : LA CONCEPTION DU CONTRAT

§ 1: L'approche continentale, une conception abstraite

- A) La conception française
- B) La conception allemande

§ 2: L'approche anglaise, une conception pragmatique

SECTION II: LES FONDEMENTS DU CONTRAT

§ 1: La liberté contractuelle

- A) Une consécration implicite
- B) Une consécration explicite

§ 2: Le développement contemporain du rôle de la bonne foi

- A) Le rôle traditionnellement important de la bonne foi en droit allemand
- B) L'émergence de la bonne foi en droit français
- C) La réticence du droit anglais face à la bonne foi
- D) La consécration de la bonne foi dans les projets européens

CHAPITRE I: LA FORMATION DU CONTRAT

SECTION I: LE CONSENTEMENT

§ 1: Les relations pré-contractuelles

A) L'ampleur du principe de liberté

1°) Une grande liberté, la solution du droit anglais

2°) Une liberté contrôlée, les solutions des droits continentaux

a) En droit allemand

b) En droit français

3°) La solution du droit européen

B) La mesure de la réparation

1°) La réparation de la perte subie

2°) La réparation du gain manqué

C) L'obligation pré-contractuelle d'information

§ 2: La rencontre de l'offre et de l'acceptation

A) L'offre

B) L'acceptation

1°) La nécessité d'une concordance entre l'offre et l'acceptation

2°) La formation des contrats entre absents

3°) La valeur du silence du destinataire de l'offre

SECTION II: LA CAPACITE DES PARTIES

SECTION III: LA VOLONTE DE FAIRE NAITRE UN ENGAGEMENT JURIDIQUE

SECTION IV: UN ACCORD PRESENTANT UN CONTENU SUFFISANT

§ 1: Règle générale

§ 2: La détermination du prix

SECTION V: LE POUVOIR D'AGIR AU NOM D'AUTRUI EN VERTU D'UNE REPRESENTATION

§ 1: Les solutions divergentes des droits européens

§ 2: Les grandes lignes d'une théorie générale de la représentation

SECTION VI: L'ABSENCE DE CONDITIONS DE FORME

§ 1: Le principe du consensualisme

A) Consécration

B) Exceptions

§ 2: Le principe de la liberté de la preuve

CHAPITRE II: LA VALIDITE DU CONTRAT

SECTION I: LES VICES DU CONSENTEMENT

§ 1: L'erreur

§ 2: Le dol

§ 3: La contrainte

SECTION II: LE DESEQUILIBRE DES PRESTATIONS

§ 1: Le principe: l'équilibre des prestations n'est pas une condition de validité du contrat

§ 2: Le déséquilibre résultant d'un abus de faiblesse

§ 3: Le déséquilibre significatif

SECTION III: LA SANCTION DE L'INVALIDITE DU CONTRAT

§ 1: Les conditions de l'annulation

§ 2: Les effets de l'annulation

CHAPITRE III: LE CONTENU DU CONTRAT

SECTION I: LES STIPULATIONS EXPRESSES

SECTION II: LES STIPULATIONS IMPLICITES

§ 1: Compléter le contrat en se référant à des éléments objectifs

§ 2: Compléter le contrat en se référant à la volonté des parties

SECTION III: L'INTERPRETATION DU CONTRAT

CHAPITRE IV: LES EFFETS DU CONTRAT:

SECTION I: LES EFFETS DU CONTRAT ENTRE LES PARTIES

§ 1: Le principe de force obligatoire

§ 2: La simulation

§ 3: L'imprévision

A) L'intangibilité du contrat

1°) Enoncé du principe

2°) Justification du principe

3°) Tempéraments

B) La révision du contrat

- 1°) L'obligation faite aux parties de renégocier
 - 2°) L'intervention du juge
- SECTION II: LES EFFETS DU CONTRAT VIS A VIS DES TIERS
- § 1: L'affirmation du principe d'effet relatif
 - § 2: Les limites au principe d'effet relatif
 - A) Conditions de la stipulation pour autrui
 - 1°) Domaine
 - 2°) Modalités
 - 3°) Désignation du tiers bénéficiaire
 - B) Effets de la stipulation pour autrui
 - 1°) Existence du droit du tiers
 - 2°) Naissance du droit du tiers
 - 3°) Disparition du droit du tiers
 - 4°) Efficacité du droit du tiers

CHAPITRE V: L'INEXECUTION DU CONTRAT

- SECTION I: L'INEXECUTION DU CONTRAT EN CAS D'IMPOSSIBILITE MATERIELLE D'EXECUTION
- § 1: Les solutions des pays européens
 - A) L'approche anglaise
 - B) L'approche française
 - C) L'approche allemande
 - § 2: La solution du droit européen
- SECTION II: L'INEXECUTION DU CONTRAT EN L'ABSENCE D'IMPOSSIBILITE MATERIELLE D'EXECUTION
- § 1: Principes généraux
 - A) Un moyen préalable: l'exception d'inexécution
 - B) L'option fondamentale offerte au créancier
 - 1°) Une faveur accordée à l'exécution par équivalent
 - 2°) Une faveur accordée à l'exécution en nature
 - § 2: La résolution
 - A) Les conditions
 - 1°) Une résolution pour inexécution essentielle
 - 2°) Une résolution pour inexécution essentielle anticipée
 - 3°) Une résolution qui peut être extra-judiciaire
 - B) Les conséquences de la résolutions
 - 1°) Principe: la disparition du contrat
 - 2°) Conséquences: restitutions
 - § 3: L'octroi de dommages et intérêts
 - A) Le droit à des dommages et intérêts en réparation d'un préjudice
 - 1°) Le principe
 - 2°) Le préjudice réparable
 - B) La consécration du principe de réparation intégrale
 - 1°) Le principe
 - 2°) Limite: les dommages et intérêts punitifs
 - 3°) Limite: la *mitigation of damages*
 - C) Les aménagements conventionnels de la réparation
 - 1°) Les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité
 - 2°) Les clauses pénales

Bibliographie générale en langue française (ou éventuellement anglaise):

I) TEXTES:

1°) Textes européens:

Code européen des contrats (projet Gandolfi), Gaz. Pal. 21 fév. 2003, texte et présentation par J.-P. GRIDEL, texte également disponible sur le site www.eurcontrats.eu

Principes du droit européen des contrats (Principes Lando): G. ROUHETTE, I. de LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, *Principes européens du droit des contrats, Droit privé comparé et européen*, Paris, 2003. Le texte peut également être trouvé à l'adresse suivante: <http://webh01.ua.ac.be/storme/PECL3fr.html>

Projet de cadre commun de référence (Common frame of reference): *Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Selier, 2009. La traduction française, par Jacques Ghestin, est disponible sur le site de la Fondation pour le droit continental (www.fondation-droitcontinental.org).

Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs, Association Henri Capitant, Soc. lég. Comp. 2008 (égal. disponible sur le site de l'association www.henricapitant.org).

Les textes des communications ou résolutions des institutions européennes peuvent être consultées sur le site: www.europa.eu.int/eur-lex

2°) Textes internationaux:

Principes Unidroit: texte disponible sur le site: www.unidroit.org/french/principles/contracts

3°) Textes nationaux:

BGB: Code civil allemand, traduction française commentée, Dalloz, Juriscope, 2010

Code civil roumain, traduction française, juriscope, 2013.

Projet Catala: *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La doc. fr., 2005.

Projet Terré: *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2009; *Pour une réforme du droit de la responsabilité*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2009; *Pour une réforme du régime des obligations*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2012.

www.bailii.org (British and Irish legal Information Institute (lois et décisions de jurisprudence anglaises)).

II) OUVRAGES ET REVUES

1°) Droit européen:

H. BEALE, B. FAUVARQUE-COSSON, J. RUTGERS, D. TALLON et S. VOGENHAUER, *Cases, materials and texts on contract law*, 2nde ed., Hart publishing, 2010.

R. CABRILLAC, D. MAZEAUD et A. PRÜM, *Le contrat en Europe, aujourd'hui et demain*, Soc. lég. Comp., 2008.

R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, Lextenso, 2ème éd., 2016.

D. FENOUILLET et P. REMY-CORLAY (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003.

C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001.

H. KOTZ, B. FAUVARQUE-COSSON, C. SIGNAT et D. GALBOIS-LEHALLE, *Droit européen des contrats*, Sirey, 2019.

T. KADNER GRAZIANO, *Le contrat en droit privé européen, Exercices de comparaison*, LGDJ/Bruylant, 2ème éd., 2010.

C. PRIETO (dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et le droit français*, PUAM, 2003.

R.-M. RAMPFELBERG, *Repères romains pour le droit européen des contrats*, LGDJ, Systèmes, 2005.

F. RANIERI, *Europäisches obligationenrecht*, Springer, 3ème éd., 2009.

K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, Oxford, 3th ed., 1998.

Regards comparatistes sur le phénomène contractuel, PUAM, 2009.

European review of private law (Revue européenne de droit privé), Wolters Kluwer.

2°) Droits des pays européens:

J. BEATSON, *Anson's law of contract*, 32th ed., Oxford, 2020.

R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, 14ème éd., 2020.

R. DAVID et D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 1985.

F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997.

E. MCKENDRICK, *Contract law, text, cases and materials*, Oxford, 2014.

J.-C. MONTANIER, *Le contrat en droit anglais*, PUG, 1999.

M. WHINCUP, *Contract law and practice* (The english system with scottish, Commonwealth and continental comparaisons), 6th. ed., Kluwer law, 2014.

C. WITZ, *Le droit allemand*, Dalloz, 3ème éd., 2018.

TEXTES RELATIFS A LA CONCEPTION DU CONTRAT

Art. 1100 C.civ. français : « Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi. »

Art. 1101 C.civ. français : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. »

Art. 1100-1 C. civ. français : « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux ». Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats ».

Art. 1100-2 C. civ. français : « Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit. Les obligations qui naissent d'un fait juridique sont régies, selon le cas, par le sous-titre relatif à la responsabilité extracontractuelle ou le sous-titre relatif aux autres sources d'obligations ».

Art. 1254 *Codigo civil* espagnol: « Le contrat existe dès lors qu'une ou plusieurs personnes consentent à s'obliger envers une ou plusieurs autres, à donner quelque chose ou à accomplir un service. »

Art. 3:33 BW: « L'acte juridique nécessite un acte de volonté qui est destiné à produire un effet de droit et qui s'est manifesté par une déclaration. »

Art. 1166 *Code civil roumain:* « Le contrat est l'accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes dans le but de constituer, modifier ou éteindre un rapport juridique ».

Code européen des contrats, art. 1.1 : « Le contrat est l'accord de deux ou plusieurs parties destiné à créer, régler modifier ou éteindre un rapport juridique qui peut comporter des obligations et d'autres effets, même à la charge d'une partie. »

Principes du droit européen des contrats, art. 2:101: Conditions pour la conclusion du contrat

Un contrat est conclu dès lors que

- a) les parties entendaient être liées juridiquement
- (b) et sont parvenues à un accord suffisant, sans qu'aucune autre condition soit requise...

Projet de cadre commun de référence (*Common frame of reference*):

I.-1:101: Définitions

(1) Un contrat est un accord qui fait naître ou vise à faire naître une relation juridiquement obligatoire, ou qui vise à produire quelque autre effet juridique. C'est un acte bilatéral ou multilatéral.

(2) Un acte juridique est une déclaration, un accord ou une déclaration d'intention, exprès ou résultant implicitement d'un comportement, qui vise à produire un effet juridique en tant que tel. Il peut être unilatéral, bilatéral ou multilatéral.

TEXTES RELATIFS AUX FONDEMENTS DU CONTRAT

Art. 1134 al. 3 anc. C.civ. français: « Elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi. »

Art. 1102 al. 1 C. civ. français : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.
La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public »

Art. 1104 C. civ. français : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. »

BGB § 242 : « Le débiteur est tenu de fournir la prestation comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages admis en affaires. »

Art. 6:2 BW: « Le créancier et le débiteur sont tenus de se comporter l'un envers l'autre suivant les exigences de la raison et de l'équité.
La règle à laquelle leur rapport est soumis en vertu de la loi, de l'usage ou d'un acte juridique ne s'applique pas dans la mesure où, en la circonstance, cela serait inacceptable d'après les critères de la raison et de l'équité. »

Art. 1322 du Codice civile italien: « Les parties peuvent librement déterminer le contenu du contrat dans les limites imposées par la loi. Les parties peuvent également conclure des contrats qui n'appartiennent pas aux catégories ayant une réglementation particulière, à condition qu'ils soient conclus pour satisfaire des intérêts dignes de protection. »

Art. 1255 du Código civil espagnol: « Les contractants peuvent adopter les conventions, clauses et conditions qui leur conviennent, à condition qu'elles ne soient pas contraires à la loi, à la morale ou à l'ordre public. »

Art. 1.169 du Codul civil roumain: « Les parties sont libres de conclure tout contrat et de déterminer le contenu du contrat dans les limites imposées par la loi, l'ordre public et les bonnes moeurs. »

Art. 1.170 du Codul civil roumain: « Les parties doivent agir de bonne foi tant dans la négociation et la conclusion du contrat que pendant son exécution. Les parties ne peuvent limiter ou exclure cette obligation. »

Code européen des contrats, art. 2: « 1. Les parties peuvent librement déterminer le contenu du contrat, dans les limites imposées par les règles impératives, les bonnes moeurs et l'ordre public, comme elles sont fixées par le présent Code, dans le droit communautaire ou dans les lois nationales des Etats membres de l'Union européenne, pourvu que là même les parties ne poursuivent pas uniquement le but de nuire à autrui.
2. Dans les limites de l'alinéa précédent, les parties peuvent conclure des contrats qui ne sont pas soumis à la réglementation du présent Code, en particulier à travers la combinaison de types légaux différents et la liaison entre plusieurs actes. »

Principes du droit européen des contrats, art. 1:102: Liberté contractuelle

(1) Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en déterminer le

contenu, sous réserve des exigences de la bonne foi et des règles impératives posées par les présents Principes.

Principes du droit européen des contrats, art. 1:201: Bonne foi

- (2) Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi.
- (3) Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter.

Projet de cadre commun de référence (Common frame of reference):

II.-1 :102 : Autonomie des parties

- (1) Les parties sont libres de conclure un contrat ou de faire un autre acte juridique et d'en déterminer le contenu, sous réserve des règles relatives à la bonne foi et de toutes autres règles impératives applicables.
- (2) Sauf dispositions contraires, les parties peuvent exclure l'application des règles qui suivent relatives aux contrats et aux autres actes juridiques, ou aux droits et obligations naissant de ceux-ci, ou y déroger ou en modifier les effets.
- (3) Une disposition selon laquelle les parties ne peuvent exclure l'application d'une règle, y déroger ou en modifier les effets n'empêche pas une partie de renoncer à un droit qui est déjà né et dont elle a connaissance.

III.- 1 :103 : Bonne foi

- (1) Chacun est tenu d'agir conformément aux exigences de la bonne foi en exécutant une obligation, en exerçant un droit à l'exécution, en se prévalant d'un moyen visant à sanctionner l'inexécution ou en défense contre un tel moyen, ou en exerçant un droit de mettre fin à une obligation ou une relation contractuelle.
- (2) Ce devoir ne peut être exclu ou limité contractuellement.
- (3) La violation de ce devoir ne donne pas directement droit aux moyens sanctionnant l'inexécution d'une obligation mais elle peut interdire à son auteur d'exercer ou de se prévaloir d'un droit ou d'un moyen en demande ou en défense dont il aurait autrement disposé.

Proposition de règlement relative à la vente:

Art. 1: « 1. Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en déterminer le contenu, sous réserve des règles impératives applicables.
2. Les parties peuvent exclure l'application de l'une quelconque des dispositions du droit commun européen de la vente ou déroger à leurs effets ou modifier ceux-ci, sauf indication contraire de celles-ci »

Art. 2: « 1. Il incombe à chaque partie d'agir conformément au principe de bonne foi et de loyauté.

La violation de la présente obligation peut empêcher la partie défaillante d'exercer ou d'invoquer un droit, un moyen d'action ou de défense dont elle disposerait autrement, ou peut engager sa responsabilité pour tout préjudice causé de ce fait à l'autre partie.

Les parties ne peuvent exclure l'application du présent article ni déroger à ses effets ou les modifier. »

Martin Walford v Charles Miles [1992] ADR.L.R. 01/23

Lord Ackner : « The reason why an agreement to negotiate, like an agreement to agree, is unenforceable is simply because it lacks the necessary certainty. The same does not apply to an agreement to use best endeavours. This uncertainty is demonstrated in the instant case by the provision which

it is said has to be implied in the agreement for the determination of the negotiations. How can a court be expected to decide whether, *subjectively*, a proper reason existed for the termination of negotiations? The answer suggested depends upon whether the negotiations have been determined 'in good faith'. However, the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved terms. Mr Naughton, of course, accepts that the agreement upon which he relies does not contain a duty to complete the negotiations. But that still leaves the vital question: how is a vendor ever to know that he is entitled to withdraw from further negotiations? How is the court to police such an 'agreement'? A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. It is here that the uncertainty lies. In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from these negotiations, at any time and for any reason. There can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a 'proper reason' to withdraw. Accordingly, a bare agreement to negotiate has no legal content. »

Appeal dismissed.

Philip Naughton QC and Angus Moon (instructed by Wedlake Bell) for the appellants.

Stanley Brodie QC and Edward Cohen (instructed by Tarlo Lyons Randall Rose) for the respondents.

Yam Peng Pte Ltd V. International Trade Corp. Ltd [2013] EWHC 11 [QB]

Leggat J. : « 123. Three main reasons have been given for what [Professor McKendrick](#) has called the "traditional English hostility" towards a doctrine of good faith: see McKendrick, *Contract Law* (9th Ed) pp.221-2. The first is the one referred to by [Bingham LJ](#) in the passage quoted above: that the preferred method of English law is to proceed incrementally by fashioning particular solutions in response to particular problems rather than by enforcing broad overarching principles. A second reason is that English law is said to embody an ethos of individualism, whereby the parties are free to pursue their own self-interest not only in negotiating but also in performing contracts provided they do not act in breach of a term of the contract. The third main reason given is a fear that recognising a general requirement of [good faith](#) in the performance of contracts would create too much uncertainty. There is concern that the content of the obligation would be vague and subjective and that its adoption would undermine the goal of contractual certainty to which English law has always attached great weight.

124. In refusing, however, if indeed it does refuse, to recognise any such general obligation of good faith, this jurisdiction would appear to be swimming against the tide. As noted by Bingham LJ in the [Interfoto](#) case, a general principle of good faith (derived from Roman law) is recognised by most civil law systems - including those of Germany, France and Italy. From

that source references to good faith have already entered into English law via EU legislation. For example, the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, which give effect to a European directive, contain a requirement of good faith. Several other examples of legislation implementing EU directives which use this concept are mentioned in Chitty on Contract Law (31st Ed), Vol 1 at para 1-043. Attempts to harmonise the contract law of EU member states, such as the Principles of European Contract Law proposed by the Lando Commission and the European Commission's proposed Regulation for a Common European Sales Law on which consultation is currently taking place, also embody a general duty to act in accordance with good faith and fair dealing. There can be little doubt that the penetration of this principle into English law and the pressures towards a more unified European law of contract in which the principle plays a significant role will continue to increase.

125. It would be a mistake, moreover, to suppose that willingness to recognise a doctrine of good faith in the performance of contracts reflects a divide between civil law and common law systems or between continental paternalism and Anglo-Saxon individualism. Any such notion is gainsaid by that fact that such a doctrine has long been recognised in the United States. The New York Court of Appeals said in 1918: "Every contract implies good faith and fair dealing between the parties to it": [Wigand v Bachmann-Bechtel Brewing Co](#), 222 NY 272 at 277. The [Uniform Commercial Code](#), first promulgated in 1951 and which has been adopted by many States, provides in section 1-203 that "every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement." Similarly, the Restatement (Second) of Contracts states in section 205 that "every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and enforcement."

126. In recent years the concept has been gaining ground in other common law jurisdictions. Canadian courts have proceeded cautiously in recognising duties of good faith in the performance of commercial contracts but have, at least in some situations, been willing to imply such duties with a view to securing the performance and enforcement of the contract or, as it is sometimes put, to ensure that parties do not act in a way that eviscerates or defeats the objectives of the agreement that they have entered into: see e.g. [Transamerica Life Inc v ING Canada Inc](#) (2003) 68 OR (3d) 457, 468.

127. In Australia the existence of a contractual duty of good faith is now well established, although the limits and precise juridical basis of the doctrine remain unsettled. The springboard for this development has been the decision of the New South Wales Court of Appeal in [Renard Constructions \(ME\) Pty v Minister for Public Works](#) (1992) 44 NSWLR 349, where Priestley JA said (at 95) that:

"... people generally, including judges and other lawyers, from all strands of the community, have grown used to the courts applying standards of fairness to contract which are wholly consistent with the existence in all contracts of a duty upon the parties of good faith and fair dealing in its performance. In my view this is in these days the expected standard, and anything less is contrary to prevailing community expectations."

128. Although the High Court has not yet considered the question (and declined to do so in *Royal Botanic Gardens and Domain Trust v Sydney City Council* (2002) 186 ALR 289) there has been clear recognition of the duty of good faith in a substantial body of Australian case law, including further

significant decisions of the New South Wales Court of Appeal in [Alcatel Australia Ltd v Scarcella](#) (1998) 44 NSWLR 349, [Burger King Corp v Hungry Jack's Pty Ltd](#) [2001] NSWCA 187 and [Vodafone Pacific Ltd v Mobile Innovations Ltd](#) [2004] NSWCA 15.

129. In New Zealand a doctrine of good faith is not yet established law but it has its advocates: see in particular the dissenting judgment of Thomas J in [Bobux Marketing Ltd v Raynor Marketing Ltd](#) [2002] 1 NZLR 506 at 517.

130. Closer to home, there is strong authority for the view that Scottish law recognises a broad principle of good faith and fair dealing: see the decision of the House of Lords in [Smith v Bank of Scotland](#), 1997 SC (HL) 111 esp. at p.121 (per Lord Clyde).

131. Under English law a duty of good faith is implied by law as an incident of certain categories of contract, for example contracts of employment and contracts between partners or others whose relationship is characterised as a fiduciary one. I doubt that English law has reached the stage, however, where it is ready to recognise a requirement of good faith as a duty implied by law, even as a default rule, into all commercial contracts. Nevertheless, there seems to me to be no difficulty, following the established methodology of English law for the implication of terms in fact, in implying such a duty in any ordinary commercial contract based on the presumed intention of the parties.

***Central London Property Trust v High Trees House* [1947] KB 130 High Court**

Facts: High Trees leased a block of flats from CLP at a ground rent of £2,500. It was a new block of flats at the time the lease was taken out in 1937. The defendant had difficulty in getting tenants for all the flats and the ground rent left High Trees with no profit. In 1940 many of the flats were still unoccupied and with the conditions of the war prevailing, it did not look as if there was to be any change to this situation in the near future. CLP agreed to reduce the rent to £1,250 during the war years. The agreement was put in writing and High Trees paid the reduced rent from 1941. When the war was over the flats became fully occupied and the claimant sought to return to the originally agreed rent.

Held: The rent would be returned to the originally agreed price for the future only. CLP could not claim back the arrears accrued during the war years. This case is important as Denning J (as he then was) established the doctrine of promissory estoppel. Promissory estoppel prevented CLP going back on their promise to accept a lower rent despite the fact that the promise was unsupported by consideration. Denning J "In my opinion, the time has now come for the validity of such a promise to be recognised. The logical consequence, no doubt is that a promise to accept a smaller sum in discharge of a larger sum, if acted upon, is binding notwithstanding the absence of consideration".

TEXTES RELATIFS A LA FORMATION DU CONTRAT

Art. 1108 anc. C. civ. français: « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention:

Le consentement de la partie qui s'oblige;
Sa capacité de contracter;
Un objet qui forme la matière de l'engagement;
Une cause licite dans l'obligation. »

Art. 1128 C. civ. français : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat:

1° Le consentement des parties;
2° Leur capacité de contracter;
3° Un contenu licite et certain. »

Art. 1112 C. civ. français : « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi.

En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages ».

Art. 1112-1 C. civ. français : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants. »

Art. 1113 C. civ. français: « Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager.

Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur. »

Art. 1114 C. civ. français: « L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.

A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation. »

Art. 1115 C. civ. français: « Elle peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire. »

Art. 1116 C. civ. français: « Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable.

La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la

conclusion du contrat.

Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions de droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat. »

Art. 1120 C. civ. français: « Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou des circonstances particulières ».

Art. 1121 C. civ. français: « Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé être conclu au lieu où l'acceptation est parvenue ».

Art. 1153 C. civ. français: « Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été confiés. »

Art. 1154 C. civ. français: « Lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs, au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté.

Lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant. »

Art. 1156 C. civ. français: « L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté.

Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité.

L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié. »

Art. 1161 C. civ. français: « En matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ni contracter pour son propre compte avec le représenté.

En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié. »

Art. 1162 C. civ. français: « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties. »

Art. 1166 C. civ. français: « Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie. »

Art. 1167 C. civ. français: « Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus. »

Art. 1359 C. civ. français: « L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique.... ».

Art. 1172 C. civ. français : « Les contrats sont par principe consensuels. Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation. En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose. »

Art. 1173 C. civ. français : « Les formes exigées aux fins de preuve ou d'opposabilité sont sans effet sur la validité des contrats. »

Req. 1er déc. 1895: « La vente est parfaite entre le vendeur et l'acheteur dès qu'ils sont convenus de la chose et du prix, le défaut d'accord sur les éléments accessoires du contrat ne pouvant empêcher sa formation à moins que les parties n'aient entendu reporter celle-ci jusqu'à la fixation de ces modalités. »

BGB § 130 (1): « Une déclaration de volonté qui doit être émise à l'égard d'une autre personne, mais qui est faite en son absence, devient efficace au moment où elle lui parvient. Elle n'est pas efficace lorsqu'une révocation parvient à l'autre personne antérieurement ou en même temps. »

BGB § 145: « Quiconque offre à autrui de conclure un contrat est lié par son offre à moins qu'il l'ait exclu. »

BGB § 150 (2): « Toute acceptation assortie d'additions, de restrictions ou autres modifications vaut comme un refus lié à une nouvelle offre ».

BGB § 154 (1): « Tant que les parties ne sont pas d'accord sur tous les points d'un contrat sur lesquels l'entente devait se faire, ne fût-ce que d'après la déclaration d'une des parties, le contrat, dans le doute, n'est pas valablement formé. L'accord des parties sur quelques points particuliers ne les lie pas, même s'ils ont été consignés par écrit. »

BGB § 311 (2) : « Un rapport d'obligation générateur d'obligations selon le § 241 al. 2, naît aussi:

(1) de l'engagement de pourparlers... »

Art. 1.183 du Codul civil roumain : « (1) Les parties ont la liberté d'initier, développer et rompre les négociations et elles ne peuvent être tenues pour responsables pour l'échec de celles-ci.

La partie qui s'engage dans une négociation est tenue de respecter les exigences de la bonne foi. Les parties ne peuvent pas limiter ou exclure cette obligation.

Est contraire aux exigences de la bonne foi, entre autres, le comportement de la partie qui initie ou continue les négociations sans avoir l'intention de conclure le contrat.

La partie qui initie, continue ou rompt les négociations, contrairement à la bonne foi, répond du préjudice causé à l'autre partie. Pour la quantification de ce préjudice, on prend en compte les dépenses engagées pour les négociations, la renonciation de l'autre partie aux autres offres et de toute autre circonstance. »

Walford v. Miles, cf. supra.

Principes du droit européen des contrats, art.2:101: Conditions pour la conclusion d'un contrat

(1) Un contrat est conclu dès lors que

(a) les parties entendaient être liées juridiquement

(b) et sont parvenues à un accord suffisant, sans qu'aucune autre condition

soit requise.

(2) Le contrat n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune autre exigence de forme. Il peut être prouvé par tout moyen, y compris par témoins. »

Principes du droit européen des contrats, art.2:102: Intention

L'intention d'une partie d'être liée juridiquement par contrat résulte de ses déclarations ou de son comportement, tels que le contractant pouvait raisonnablement les entendre.

Principes du droit européen des contrats, art.2:103: Accord suffisant

- (1) Un accord est suffisant si ses termes
 - (a) ont été suffisamment définis par les parties de telle sorte que le contrat puisse être exécuté
 - (b) ou peuvent être déterminés en vertu des Présents principes
- (2) Si toutefois une des parties refuse de conclure un contrat faute d'accord particulier, il n'y a point de contrat si l'accord sur ce point ne s'est pas réalisé.

Principes du droit européen des contrats, art.2:201:

- (1) Une proposition constitue une offre lorsque
 - (a) elle indique la volonté d'aboutir à un contrat en cas d'acceptation
 - (b) et renferme des conditions suffisamment précises pour qu'un contrat soit formé.
- (2) L'offre peut-être faite à une ou plusieurs personnes déterminées ou au public.

Principes du droit européen des contrats, art.2:202: Révocation de l'offre:

- (1) L'offre peut être révoquée si la révocation parvient à son destinataire avant que celui-ci n'ait expédié son acceptation ou, en cas (2) d'acceptation du fait du comportement, avant que le contrat n'ait été conclu en vertu des alinéas 2 ou 3 de l'article 205.
- (2) L'offre faite au public peut être révoquée de la même façon qu'elle avait été faite.
- (3) La révocation est cependant sans effet
 - (a) si l'offre indique qu'elle est irrévocable
 - (b) ou fixe un délai déterminé pour son acceptation
 - (c) ou si son destinataire était raisonnablement fondé à le considérer comme irrévocable et s'il a agi en conséquence.

Principes du droit européen des contrats, art.2:204 Acceptation

- (1) Constitue une acceptation toute déclaration ou comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre.
- (2) Le silence ou l'inaction ne peuvent à eux seuls valoir acceptation.

Principes du droit européen des contrats, art.2:205 Moment de conclusion du contrat

- (1) Si le destinataire de l'offre expédie son acceptation, le contrat est conclu lorsque celle-ci parvient à l'offrant.
- (2) Si l'acceptation résulte d'un comportement, le contrat est conclu lorsque ce comportement est porté à la connaissance de l'offrant.

Principes du droit européen des contrats, art.2:208: Modification de l'acceptation

- (1) La réponse du destinataire qui énonce ou implique des adjonctions ou des modifications qui altéreraient substantiellement les termes de l'offre constitue un rejet de l'offre et une offre nouvelle
- (2) La réponse dont il est certain qu'elle acquiesce à l'offre mais qui énonce ou implique des adjonctions ou des modifications à celles-ci

n'en constitue pas moins une acceptation si ces adjonctions ou modifications n'altèrent pas substantiellement les termes de l'offre. Les adjonctions ou modifications s'incorporent alors au contrat.

Principes du droit européen des contrats, art.2:301 Négociations contraires à la bonne foi

- (1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent encourir de responsabilité pour ne pas être parvenues à un accord.
- (2) Toutefois, la partie qui conduit ou rompt des négociations contrairement aux exigences de la bonne foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie.
- (3) Il est contraire aux exigences de la bonne foi, notamment, pour une partie d'entamer ou de poursuivre des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord avec l'autre. »

Principes du droit européen des contrats, art. 3:201: Pouvoirs exprès, implicite et apparent

- (1) L'attribution au représentant, par le représenté, du pouvoir d'agir en son nom peut être exprès ou implicite, découlant des circonstances.
- (2) Le représentant a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires à l'exécution de sa mission, compte tenu des circonstances.
- (3) Celui dont les déclarations ont incité le tiers à croire de façon raisonnable et de bonne foi que le représentant apparent avait reçu pouvoir pour l'acte qu'il a accompli, est tenu pour avoir conféré le pouvoir. »

Principes du droit européen des contrats, art. 3:202: Action du représentant en vertu de ses pouvoirs

Lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs tels qu'ils sont définis par l'article 3:201, ses actes lient directement le représenté et le tiers. Le représentant n'est pas engagé envers le tiers.

Principes du droit européen des contrats, art. 3:204: Action du représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs

- (1) Lorsqu'une personne agit en qualité de représentant mais sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, ses actes ne lient pas le représenté et le tiers.

Principes du droit européen des contrats, art. 3:205: Conflits d'intérêts

- (1) Si le contrat conclu par un représentant implique celui-ci dans un conflit d'intérêts que le tiers connaissait ou ne pouvait ignorer, le représenté peut annuler le contrat conformément aux dispositions des articles 4:112 à 4:116.
- (2) Il y a présomption de conflit d'intérêts lorsque le représentant
 - (a) a agi également en tant que représentant du tiers
 - (b) ou a contracté avec lui-même pour son propre compte

Principes du droit européen des contrats, art. 3:207: Ratification par le représenté

- (1) Les actes accomplis par un représentant sans pouvoir ou au-delà de son pouvoir peuvent être ratifiés par le représenté.
- (2) Une fois ratifiés, les actes du représentant sont censés avoir été autorisés, sans préjudice du droit des autres intéressés.

Principes du droit européen des contrats, art. 3:301 Intermédiaire n'agissant pas au nom d'un représenté

- (1) Lorsqu'un intermédiaire agit
 - (a) sur les instructions et pour le compte, mais non point au nom, d'un représenté,
 - (b) ou sur les instructions d'un représenté, sans que le tiers le sache ni

ait de raison de le savoir, l'intermédiaire et le tiers sont liés l'un envers l'autre

(2) Le représenté et le tiers ne sont liés l'un envers l'autre que dans les conditions prévues aux articles 3:202 à 3:204.

Projet de cadre commun de référence (Common frame of reference):

III 3 :301 : Négociations contraires à la bonne foi

(1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent encourir de responsabilité pour ne pas être parvenues à un accord.

(2) Celui qui s'est engagé dans une négociation est tenu de négocier de bonne foi. Cette obligation ne peut être exclue ou limitée contractuellement.

(3) Celui qui conduit ou rompt des négociations contrairement aux exigences de la bonne foi est responsable de tout préjudice causé à l'autre partie.

(4) Est en particulier contraire aux exigences de la bonne foi le fait d'entamer ou de poursuivre des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord avec l'autre partie.

Code européen des contrats, art. 6 : « 1. Chacune des parties est libre d'entreprendre des tractations en vue de conclure un contrat sans qu'on puisse lui imputer la moindre responsabilité au cas où le contrat n'est pas stipulé, sauf si son comportement est contraire à la bonne foi.

2. Agit à l'encontre de la bonne foi la partie qui entreprend ou poursuit les tractations sans l'intention de parvenir à la conclusion du contrat.

3. Si au cours des tractations les parties ont déjà examiné les éléments essentiels du contrat, dont on prévoit l'éventuelle conclusion, celle des parties qui a suscité auprès de l'autre une confiance raisonnable quant à la stipulation du contrat, agit à l'encontre de la bonne foi dès lors qu'elle interrompt les tractations sans motif juste.

4. Dans les cas prévus aux alinéas précédents, la partie qui a agi à l'encontre de la bonne foi est tenue de réparer le dommage subi par l'autre partie au maximum dans la mesure des frais engagés par cette dernière au cours des tractations en vue de la stipulation du contrat, ainsi que de la perte d'occasions similaires causée par les tractations pendantes. »

TEXTES RELATIFS A LA VALIDITE DU CONTRAT

Art. 6 C. Civ. français: « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes moeurs. »

Art. 1132 C. civ. français: « L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celle du contractant. »

Art. 1137 C. civ. français: « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manoeuvres ou des mensonges. Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant par l'autre partie.

Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation ».

Art. 1138 C. civ. français: « Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant. Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivence. »

Art. 1141 C. civ. français: « La menace d'une voie de droit ne constitue pas une violence. Il en va autrement lorsque la voie de droit est détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif. »

Art. 1143 C. civ. français: « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif. »

Art. 1162 C. civ. français: « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties. »

Art. 1168 C. civ. français: « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des obligations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement. »

Art. 1169 C. civ. français: « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. »

Art. 1170 C. civ. français: « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »

Art. 1171 C. civ. français: « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

Art. 1178 C. civ. français : »Le contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé... »

Art. 1184 C. civ. français: « Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'entre elles. Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien. »

Art. L. 212-1 C. Conso.: « Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. »

Art. L. 442-6 I 2° C. Com. : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers...

2° de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

BGB § 119 (2) « Est également réputée erreur sur le contenu de la déclaration l'erreur sur les qualités de la chose ou de la personne considérées comme essentielles dans les relations d'affaires. »

BGB § 134: « Un acte juridique qui contrevient à une prohibition légale est nul, à moins que la loi n'en dispose autrement. »

BGB § 138 (1) Est nul tout acte juridique portant atteinte aux bonnes mœurs.

(2): « Est nul notamment tout acte juridique par lequel une personne se fait promettre ou accorder, soit à elle-même, soit à une autre personne, en contrepartie d'une prestation, des avantages patrimoniaux en disproportion flagrante avec cette prestation et cela par exploitation de l'état de nécessité, de l'inexpérience, du défaut de capacité de jugement ou de la grande faiblesse du caractère d'autrui. »

BGB § 139: « En cas de nullité d'une partie d'un acte juridique, l'acte tout entier est nul s'il n'y a pas lieu d'admettre que même sans cette partie nulle il eût été encore accompli. »

BGB § 140: « Lorsqu'un acte juridique nul remplit les conditions requises d'un autre acte juridique, ce dernier est valable s'il y a lieu d'admettre que, la nullité étant connue, cette validité aurait été voulue ».

BGB § 143: « La nullité a lieu par une déclaration adressée à la partie adverse à l'annulation. »

BGB § 307 (1): « Les clauses des conditions générales contractuelles sont inefficaces si, contrairement aux exigences de la bonne foi, elles désavantagent de manière inappropriée le cocontractant du stipulant. Un désavantage inapproprié peut aussi résulter de ce que la clause n'est pas claire et compréhensible. »

White v. Bluett (1853) 23 L.J. Ex. 36

Pollock held there was no consideration for any discharge of the obligation to repay. The son had 'no right to complain' anyway. Not complaining was therefore an entirely intangible benefit.

The plea is clearly bad. By the argument a principle is pressed to an absurdity, as a bubble is blown until it bursts. Looking at the words merely, there is some foundation for the argument, and following the words only, the conclusion may be arrived at. It is said, the son had a right to an equal distribution of his father's property, and did complain to his father because he had not an equal share, and said to him, I will cease to complain if you will not sue upon this note. Whereupon the father said, If you will promise me not to complain, I will give up the note. If such a plea as this could be supported, the following would be a binding promise: A man might complain that another person used the public highway more than he ought to do, and that other might say, do not complain, and I will give you five pounds. It is ridiculous to suppose that such promises could be binding. So, if the holder of a bill of exchange were suing the acceptor, and the acceptor were to complain that the holder had treated him hardly, or that the bill ought never to have been circulated, and the holder were to say, now, if you will not make any more complaints, I will not sue you, such a promise would be like that now set up. In reality, there was no consideration whatever. The son had no right to complain, for the father might make what distribution of his property he liked; and the son's abstaining from doing what he had no right to do can be no consideration. Baron Alderson added: here is a consideration on one side, and it is said the consideration on the other is the agreement itself; if that were so, there could never be a nudum pactum.

Allcard v. Skinner, Court of appeal (1887) 36 Ch D 145

Lord Lindley LJ.: What then is the principle? Is it that it is right and expedient to save persons from the consequences of their own folly? or is it that it is right and expedient to save them from being victimised by other people? In my opinion the doctrine of undue influence is founded upon the second of these two principles. Courts of Equity have never set aside gifts on the ground of the folly, imprudence, or want of foresight on the part of donors. The Courts have always repudiated any such jurisdiction. [Huguenin v Baseley](#) 14 Ves 273 is itself a clear authority to this effect. It would obviously be to encourage folly, recklessness, extravagance and vice if persons could get back property which they foolishly made away with, whether by giving it to charitable institutions or by bestowing it on less worthy objects. On the other hand, to protect people from being forced, tricked or misled in any way by others into parting with their property is one of the most legitimate objects of all laws; and the equitable doctrine of undue influence has grown out of and been developed by the necessity of grappling with insidious forms of spiritual tyranny and with the infinite varieties of fraud...

Cotton LJ: First where the court has been satisfied that the gift was the result of influence expressly used by the donee for the purpose; second, where the relations between the donor and donee have at or shortly before the execution of the gift been such as to raise a presumption that the donee had influence over the donor.

Principes du droit européen des contrats, art.4:103: Erreur fondamentale de fait ou de droit

- (1) La nullité du contrat pour une erreur de fait ou de droit qui existait lors de la conclusion du contrat ne peut être provoquée par une partie que si
- (a) (i) l'erreur a été causée par une information donnée par l'autre partie
 - (ii) l'autre partie connaissait ou aurait dû avoir connaissance de l'erreur et il était contraire aux exigences de la bonne foi de laisser la victime dans l'erreur
 - (iii) ou l'autre partie a commis la même erreur,
 - (b) et l'autre partie savait ou aurait dû savoir que la victime, si elle avait connu la vérité, ne se serait pas engagée ou ne l'aurait fait qu'à des conditions fondamentalement différentes.
- (2) La nullité ne peut cependant être invoquée lorsque
- (a) l'erreur de la partie était inexcusable étant données les circonstances
 - (b) ou que le risque d'erreur était ou, eu égard aux circonstances, aurait dû être assumé par elle.

Principes du droit européen des contrats, art.4:105: Adaptation du contrat

- (1) Lorsqu'une partie est fondée à annuler le contrat pour erreur mais que l'autre indique qu'elle désire l'exécuter ou l'exécute effectivement, ainsi que la victime l'entendait, le contrat est censé avoir été conclu dans les termes envisagés par la victime. L'autre partie doit indiquer son intention d'exécuter ou procéder à l'exécution promptement après avoir été informé du sens donné au contrat par la victime et avant que celle-ci n'ait notifié l'annulation et agi en conséquence...
- (3) Lorsque les deux parties ont commis la même erreur, le tribunal peut, à la requête de l'une d'elles, mettre le contrat en accord avec ce qui aurait pu raisonnablement être convenu s'il n'y avait point eu erreur.

Principes du droit européen des contrats, art.4:107: Dol

- (1) Une partie peut provoquer la nullité du contrat lorsque l'autre, par ses manoeuvres dolosives, en paroles ou en actes, a déterminé la conclusion du contrat ou a omis frauduleusement de révéler une information que la bonne foi lui commandait de révéler.
- (2) Des manoeuvres ou une non-révélation sont dolosives lorsqu'elles sont destinées à tromper.
- (3) Pour établir si la bonne foi commandait à une partie de révéler une information particulière, on a égard à toutes les circonstances, notamment
- (a) le point de savoir si la partie a des connaissances techniques,
 - (b) ce qui lui en a coûté de se procurer l'information en cause,
 - (c) le point de savoir si l'autre partie aurait pu raisonnablement se procurer l'information pour son compte,
 - (d) ainsi que l'importance que présentait apparemment l'information pour l'autre partie.

Principes du droit européen des contrats, art.4:109 Profit excessif ou avantage déloyal

- (1) Une partie peut provoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion du contrat,
- (a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation.
 - (b) alors que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance et que, étant données les circonstances et le but du contrat, elle a pris avantage de la situation de la première avec une déloyauté évidente ou en a retiré un profit excessif.

Principes du droit européen des contrats, art.4:110: Clauses abusives qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle

(1) Une clause qui n'a pas été l'objet d'une négociation individuelle peut être annulée par une partie si, contrairement aux exigences de la bonne foi, elle crée à son détriment un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat, eu égard à la nature de la prestation à procurer, de toutes les autres clauses du contrat et des circonstances qui ont entouré sa conclusion.

(2) Le présent article ne s'applique pas

(a) à une clause qui définit l'objet principal du contrat, pour autant que la clause est rédigée de façon claire et compréhensible

(b) ni à l'adéquation entre la valeur respective des prestations à fournir par les parties.

Principes du droit européen des contrats, art.4:112: Annulation par notification

L'annulation a lieu par voie de notification au cocontractant.

Principes du droit européen des contrats, art.4:114: Confirmation

Le contrat ne peut être annulé lorsque la partie en droit de le faire l'a confirmé de façon expresse ou implicite, après avoir eu connaissance de la cause d'annulation ou pu agir librement.

Principes du droit européen des contrats, art. 4:115: Effets de l'annulation

En conséquence de l'annulation, chaque partie est en droit de demander la restitution de ce qu'elle a fourni en exécution du contrat, pourvu qu'elle restitue simultanément ce qu'elle a reçu. Si la restitution en nature est impossible, elle s'effectue par le paiement d'une somme raisonnable.

Principes du droit européen des contrats, art.4:116: Annulation partielle

Lorsqu'une cause d'annulation n'affecte que certaines clauses du contrat, l'annulation se limite à ces clauses à moins qu'eu égard aux circonstances de la cause il ne soit déraisonnable de maintenir les autres dispositions du contrat.

Projet de cadre commun de référence (Common frame of reference):

art. 7: 207 : Exploitation déloyale

(1) Une partie peut provoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion du contrat,

(a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation,

(b) alors que l'autre partie le savait ou pouvait raisonnablement le savoir et que, étant donné les circonstances et le but du contrat, elle a exploité la situation de la première partie en retirant du contrat un profit excessif ou un avantage manifestement déloyal.

(2) À la requête de la partie lésée, le tribunal peut, s'il le juge approprié, adapter le contrat de façon à le mettre en accord avec ce qui aurait pu être convenu conformément aux exigences de la bonne foi.

(3) Le tribunal peut également, à la requête de la partie qui a reçu une notification d'annulation pour exploitation déloyale, adapter le contrat, pourvu que cette partie en informe l'expéditeur sans retard excessif et avant que celui-ci n'ait agi sur la foi de celle-ci.

Proposition de règlement relatif à la vente, art. 51 Exploitation déloyale

: « Une partie peut invoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion du celui-ci

- a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoin urgents, ou était imprévoyante, ignorante ou inexpérimentée; et
- b) que l'autre partie le savait ou pouvait être présumée le savoir et que, à la lumière des circonstances et du but du contrat, elle a exploité la situation de la première partie en retirant du contrat un profit excessif ou un avantage déloyal. »

TEXTES RELATIFS AU CONTENU DU CONTRAT

Ass. pl. 1er déc. 1995: « lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celles-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ».

Art. 1164 C. civ français: « Dans les contrats-cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.
En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat. »

Art. 1188 C. civ. français: « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes.
Lorsque cette intention ne peut être décelé, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation »

Art. 1189 C. civ. français: « Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier.
Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci. »

Art. 1190 C. civ. français: « Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé. »

Art. 1191 C. civ. français: « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun. »

Art. 1192 C. civ. français: « On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation. »

Art. 1194 C. civ. français: « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ».

BGB § 315: (1) « Lorsqu'une prestation doit être déterminée par l'une des parties contractantes, il y a lieu d'admettre, dans le doute, que cette détermination doit être faite d'après une appréciation équitable.

(2) La détermination a lieu par une déclaration adressée à l'autre partie.

(3) Lorsque la détermination doit s'opérer d'après une appréciation équitable, la détermination effectuée ne lie l'autre partie que si elle est effectuée par jugement; il en est de même lorsque la

détermination

est

retardée »

Art. 1449 Código civil espagnol: « La détermination du prix ne peut jamais être abandonnée à l'arbitraire d'un des contractants ».

Art. 1374 Codice civile italien: « Le contrat oblige les parties non seulement à ce qui est exprimé mais aussi à toutes les suites qui en découlent, selon la loi ou à défaut selon la coutume ou l'équité »

Principes du droit européen des contrats, Article 5:101: Règles générales d'interprétation

(1) Le contrat s'interprète selon la commune intention des parties, même si cette interprétation s'écarte de sa lettre

(2) S'il est prouvé qu'une partie entendait le contrat en un sens particulier et que lors de la conclusion du contrat l'autre ne pouvait ignorer son intention, on doit interpréter le contrat tel que la première l'entendait.

(3) Faute de pouvoir déceler l'intention conformément aux alinéas (1) et (2), on donne au contrat le sens que des personnes raisonnables de même qualité que les parties lui donneraient dans les mêmes circonstances.

Principes du droit européen des contrats, Article 5:102: Circonstances pertinentes

Pour interpréter le contrat on a égard en particulier (a) aux circonstances de sa conclusion, y compris les négociations préliminaires,

(b) au comportement des parties, même postérieur à la conclusion du contrat,

(c) à la nature et au but du contrat,

(d) à l'interprétation que les parties ont déjà donnée à des clauses semblables et aux pratiques qu'elles ont établies entre elles,

(e) au sens qui est communément attribué aux termes et expressions dans le secteur d'activité concerné et à l'interprétation que des clauses semblables peuvent avoir déjà reçue,

(f) aux usages

(g) et aux exigences de la bonne foi.

Principes du droit européen des contrats, Article 5:103: Règle *contra proferentem*

Dans le doute, les clauses du contrat qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle s'interprètent de préférence contre celui qui les a proposées.

Principes du droit européen des contrats, Article 5:104: Préférence aux clauses négociées

Les clauses qui ont été l'objet d'une négociation individuelle sont préférées à celles qui ne l'ont pas été.

Principes du droit européen des contrats, Art. 5.105: Référence au contrat dans son entier

Les clauses du contrat s'interprètent en donnant à chacune le sens qui résulte du contrat entier.

Principes du droit européen des contrats, Art. 5:106: Interprétation utile

On doit préférer l'interprétation qui rendrait les clauses du contrat licites et de quelque effet, plutôt que celle qui les rendrait illicites ou de nul effet.

Principes du droit européen des contrats, article 6:102: Obligations implicites

En plus de clauses expresses, un contrat peut contenir des clauses implicites qui découlent

- (a) de l'intention des parties,
- (b) de la nature et du but du contrat,
- (c) et de la bonne foi.

Principes du droit européen des contrats, art. 6:104 Détermination du prix

Lorsque le contrat ne fixe pas le prix ou la façon de le déterminer, les parties sont censées être convenues d'un prix raisonnable.

Principes du droit européen des contrats, article 6:105: Détermination unilatérale par une partie

Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé unilatéralement par l'une des parties et que la détermination de celle-ci est manifestement déraisonnable, un prix ou un autre élément raisonnable lui est substitué, nonobstant toute stipulation contraire.

Principes du droit européen des contrats, article 6:106: Détermination par un tiers

(1) Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par un tiers et que celui-ci ne peut ou ne veut le faire, les parties sont présumées avoir donné au tribunal pouvoir de lui désigner un remplaçant qui procédera à cette détermination.

(2) Si le prix ou un autre élément déterminé par le tiers est manifestement déraisonnable, un prix ou un autre élément raisonnable lui est substitué.

Principes du droit européen des contrats, article 6:107: Inexistence du facteur de référence

Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un facteur qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par le facteur qui s'en rapproche le plus.

TEXTES RELATIFS AUX EFFETS DU CONTRAT

C. cas française, 6 mars 1876 : « dans aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les parties. »

Projet Catala:

Art. 1135-1 : « Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles ».

Art. 1135-2 : « A défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation.

Art. 1135-3 : « Le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il en est dit au chapitre du présent titre.

Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage. »

Art. 1103 C. civ. français: « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »

Art. 1195 C. civ. français : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant. Elle continue à exécuter son obligation durant la négociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

Art. 1199 C. civ. français : « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties.

Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV. »

Art. 1201 C. civ. français : « Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir. »

Art. 1203 C. civ. français : « On ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même. »

Art. 1205 C. civ. français : « On peut stipuler pour autrui.

L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. Ce dernier peut être une personne future mais doit être

précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse. »

Art. 1206 C. civ. français : « Le bénéficiaire est investi d'un droit direct à la prestation contre le promettant dès la stipulation. Néanmoins le stipulant peut librement révoquer la stipulation tant que le bénéficiaire ne l'a pas acceptée. La stipulation devient irrévocable au moment où l'acceptation parvient au stipulant ou au promettant. »

BGB § 117 (2) : « Lorsque sous le couvert d'un acte apparent un autre acte juridique est dissimulé, il y a lieu de faire application des dispositions relatives à l'acte dissimulé. »

BGB § 313 (1) : « Si les circonstances qui ont constitué le fondement du contrat ont profondément changé après sa conclusion, de sorte que les parties n'auraient pas conclu ce contrat ou l'auraient conclu avec un autre contenu si elles avaient prévu ce changement, une adaptation dudit contrat peut être demandée dans la mesure où son maintien, tel qu'il avait été stipulé à l'origine, ne peut être imposé à l'une des parties, eu égard à tous les faits de l'espèce et notamment à la répartition conventionnelle ou légale des risques...

(3) Si l'adaptation du contrat n'est pas possible ou si elle est insupportable à l'une des parties, le contractant défavorisé peut résoudre le contrat. Dans les contrats à exécution successive le droit à la résolution remplace le droit à la résiliation ».

BGB § 328:

- (1) Une prestation peut être stipulée par contrat en faveur d'un tiers avec cet effet que celui-ci acquiert directement le droit d'exiger la prestation. »
- (2) A défaut d'une disposition particulière, c'est d'après les circonstances et en particulier le but même du contrat qu'il faut décider si le tiers doit acquérir le droit, si ce droit du tiers doit naître immédiatement ou seulement sous certaines conditions et si doit être réservé aux parties contractantes le pouvoir de modifier le droit du tiers sans son assentiment.

Art. 388 du Code civil grec: Modification imprévue des circonstances: « Si les circonstances dans lesquelles les parties, suivant la bonne foi et les usages, ont conclu un contrat synallagmatique, se trouvent modifiées en raison d'événements extraordinaires et imprévisibles et si, suite à cette modification, la prestation du débiteur, compte tenu de la contreprestation, devient excessivement onéreuse, le tribunal peut, à la demande du débiteur, modifier sa prestation dans une mesure convenable et décider la résolution du contrat ou de la partie du contrat qui n'a pas encore été exécutée ».

Art. 6:258 (1) du BW : « Le juge peut, à la demande de l'une des parties, modifier les effets du contrat ou le résilier en tout ou partie en raison de circonstances imprévues d'une nature telle que, d'après les critères de la raison et de l'équité, l'autre partie ne peut s'attendre au maintien du contrat.... »

Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council [1956]

Lord Radcliffe: So perhaps it would be simpler to say at the outset that frustration occurs whenever the law recognises that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract. *Non haec in foedera veni*. It was not this that I promised to do....

Two things seem to me to prevent the application of the principle of frustration to this case. One is that the cause of the delay was not any new state of things which the parties could not reasonably be thought to have foreseen. On the contrary, the possibility of enough labour and materials not being available was before their eyes and could have been the subject of special contractual stipulation. It was not made so. The other thing is that, though timely completion was no doubt important to both sides, it is not right to treat the possibility of delay as having the same significance for each.

Contracts (Rights of third parties) Act 1999

Section 1: Right of third party to enforce contractual term

(1) Subject to the provisions of this Act, a person who is not a party to a contract (a « third party ») may in his own right enforce a term of contract if

(a) the contract expressly provides that he may, or
(b) subject to subsection (2), the contract purports to confer a benefit on him.

(2) Subsection (1) (b) above does not apply if on a proper construction of the contract it appears that the parties did not intend the term to be enforceable to the third party.

(3) The third party must be expressly identified in the contract by name, as a member of a class or as answering a particular description but need not to be in existence when the contract is entered into.

Principes du droit européen des contrats, art 6:110: Stipulation pour autrui

(1) Un tiers est fondé à exiger l'exécution d'une obligation contractuelle lorsque les parties sont expressément convenues de lui conférer ce droit ou que cette stipulation s'induit du but du contrat ou des circonstances de l'espèce. Il n'est pas nécessaire que le tiers soit identifié au moment de la stipulation.

(2) Si le tiers renonce au droit à l'exécution, il est censé ne l'avoir jamais acquis.

(3) Le stipulant peut priver le tiers du droit à l'exécution par une notification faite au promettant, sauf si

(a) le tiers a reçu du stipulant une notification l'informant que son droit était irrévocable.

(b) ou le promettant ou le stipulant a reçu du tiers une notification l'informant que ce dernier voulait profiter de son droit. »

Principes du droit européen des contrats, art 6:111: Changement de circonstances

(1) Une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.

(2) Cependant, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter le contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances

(a) qui est survenu après la conclusion du contrat

(b) qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat

(c) et dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu du contrat

(3) Faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut

(a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe

(b) ou l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances.

Dans l'un et l'autre cas, il peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations. »

Code européen des contrats, article 157 Nouvelle négociation du contrat:

« 1. Si des événements extraordinaires et imprévisibles, comme ceux indiqués dans l'article 97 alinéa 1er, se sont produits, la partie qui entend se prévaloir de la faculté prévue par cette règle doit adresser à la contrepartie une déclaration contenant les indications nécessaires et préciser en outre - sous peine de nullité de la requête- quelles différentes conditions elle propose pour maintenir en vie le contrat en question. A cette déclaration s'appliquent les dispositions figurant dans les articles 21 et 36 alinéa 2. »

Projet de cadre commun de référence (Common frame of reference):

1 :110 : Modification ou fin décidée par le tribunal en raison d'un changement des circonstances

(1) Une obligation doit être exécutée quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contreprestation ait diminué.

(2) Cependant, si l'exécution d'une obligation contractuelle ou née d'un acte juridique unilatéral devient si onéreuse, en raison d'un changement exceptionnel des circonstances, qu'il serait manifestement injuste de maintenir le débiteur obligé le tribunal peut

(a) modifier l'obligation de manière à la rendre raisonnable et équitable dans les circonstances nouvelles

(b) ou mettre fin à l'obligation à la date et dans les conditions qu'il fixe.

(3) Le paragraphe 2 s'applique seulement si

(a) le changement de circonstances est intervenu postérieurement à la naissance de l'obligation ;

(b) le débiteur n'avait pas pris et ne pouvait pas raisonnablement prendre en compte la possibilité et l'importance du changement de circonstances ;

(c) le débiteur n'avait pas et ne pouvait pas raisonnablement avoir assumé le risque de ce changement de circonstances ;

(d) et le débiteur s'est efforcé, raisonnablement et de bonne foi, de négocier un ajustement raisonnable et équitable des termes de l'obligation.

Proposition de règlement relatif à la vente, art. 89 : Changement de circonstances

« 1. Une partie doit exécuter ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait

augmenté, soit que la valeur de la contrepartie ait diminué.
Lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse en raison d'un changement exceptionnel de circonstances, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter le contrat ou d'y mettre fin.

2. Si les parties ne parviennent pas à un accord dans un délai raisonnable, un tribunal peut, à la demande de l'une ou l'autre partie:

- a) adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances ou
- b) mettre fin au contrat à une date et selon les modalités que le tribunal fixera.

Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent seulement si:

(a) le changement de circonstances est intervenu postérieurement à la conclusion du contrat.

(b) la partie invoquant le changement de circonstances n'avait pas pris et ne pouvait être censée avoir pris en compte la possibilité ou l'importance du changement de circonstances; et

(c) la partie lésée n'a pas assumé, et ne peut être raisonnablement considérée comme ayant assumé, le risque de ce changement de circonstances.

4. Aux fins d'application des paragraphes 2 et 3, le terme « tribunal » inclut un tribunal arbitral. »

**TEXTES RELATIS A L'INEXECUTION EN CAS D'IMPOSSIBILITE MATERIELLE
D'EXECUTION**

Art. 1349 du projet Catala: « La responsabilité n'est pas engagée lorsque le dommage est dû à une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure.

La cause étrangère peut provenir d'un cas fortuit, du fait de la victime ou du fait d'un tiers, dont le défendeur n'a pas à répondre.

La force majeure consiste en un événement irrésistible que l'agent ne pouvait prévoir ou dont on ne pouvait éviter les effets par des mesures appropriées. »

Art. 1218 C. civ. français: « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 ».

Art. 1253 du projet de réforme du droit de la responsabilité: «

« Le cas fortuit, le fait du tiers ou de la victime sont totalement exonérateurs s'ils revêtent les caractères de la force majeure.

En matière extracontractuelle, la force majeure est l'événement échappant au contrôle du défendeur ou de la personne dont il doit répondre, et dont ceux-ci ne pouvaient éviter ni la réalisation ni les conséquences par des mesures appropriées. »

BGB § 275 (1): « Le droit à la prestation est exclu, dans la mesure où celle-ci est impossible pour le débiteur ou pour toute autre personne. »

BGB § 276: (1) « Le débiteur est tenu de répondre de sa faute intentionnelle et de sa négligence, si une responsabilité plus sévère ou plus légère n'est pas prescrite expressément ou ne résulte pas du contenu du rapport d'obligation, en particulier de la prise en charge ou d'un risque d'approvisionnement. Les dispositions des §§ 827 et 828 s'appliquent par analogie.

(2) Agit avec négligence celui qui n'applique pas la diligence requise par la pratique des affaires.

(3) Le débiteur ne peut pas être exonéré par avance de sa responsabilité pour faute intentionnelle. »

Taylor v. Caldwell, 3 Best & S. 826 (1863)

Facts: The case centred on a musical hall which the claimant agreed to hire from the defendant. The hall was to be used for 'grand concerts' and fetes. However before the performance that the music hall was to be used for; there was a fire and the hall was destroyed. Neither party was at fault for this destruction. The claimant sued for breach of contract.

Held: "the performance depends on the continued existence of a given person or thing, a condition is implied that the impossibility of performance arising from the perishing of the person or thing shall excuse the performance." This phrase gracefully sums up the position. He goes onto say that even if this hasn't been expressly put into the contract that the excuse is implied by law. This where the crux of the matter lies, as he states that the parties only contracted on a basis on the 'continued existence' of the chattel. Without the chattel being in existence it was clearly not the intentions of the parties to carry on the obligations of the contract.

***Krell v Henry* [1903] 2 KB 740**

Facts: The defendant hired a flat on Pall Mall for the sole purpose of viewing King Edward VII's coronation procession. The price agreed was £75 for two days. The defendant paid £25 deposit. Due to illness of the King the coronation was cancelled. Consequently, the defendant did not use the flat. The claimant sought to claim the outstanding £50.

Held: The contract was frustrated as cancellation of the procession deprived it of its commercial purpose. The claimant's action for breach of contract was thus unsuccessful.

Principes du droit européen des contrats, art. 1:301 Définitions

(4) le terme « inexécution » dénote le fait de manquer à exécuter une obligation issue du contrat, qu'il bénéficie ou non d'une exonération, et s'applique aussi à une exécution tardive ou défectueuse et au refus d'une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet.

Principes du droit européen des contrats, art. 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 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.

Projet de cadre commun de référence (Common frame of reference):

III.-3 :104 : Exonération résultant d'un empêchement

(1) Le débiteur est exonéré des conséquences de l'inexécution de son obligation lorsqu'elle est due à un empêchement qui lui échappe et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il prévienne ou surmonte sa réalisation ou ses conséquences.

(2) Lorsque l'obligation naît d'un contrat ou d'un autre acte juridique, le débiteur n'est pas exonéré des conséquences de l'inexécution si l'on pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il prît en considération l'empêchement lors de la naissance de l'obligation.

(3) Lorsque l'empêchement exonératoire n'est que temporaire, l'exonération 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.

(4) Lorsque l'empêchement exonératoire est permanent l'obligation est éteinte. Toute obligation réciproque est également éteinte. Pour les obligations contractuelles les restitutions liées à cette extinction sont régies par le chapitre 3, section 5, sous-section 4 (Restitution) avec les adaptations appropriées.

(5) 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 a pu raisonnablement 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.

Art. 88 de la proposition de règlement relatif à la vente: Exonération résultant d'un empêchement:

(1) Une partie est exonérée des conséquences de l'inexécution de son obligation lorsque l'inexécution est due à un empêchement qui lui échappe et que l'on ne pouvait attendre de cette partie qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, ou qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences.

(2) Lorsque l'empêchement exonératoire n'est que temporaire, l'exonération d'inexécution vaut pour la durée de l'empêchement. Cependant, si le retard équivaut à une inexécution essentielle, l'autre partie peut la traiter comme telle.

(3) La partie qui est dans l'incapacité de s'exécuter a l'obligation de faire en sorte que l'autre partie reçoive, sans retard excessif, notification de l'empêchement et de ses effets sur sa capacité à s'exécuter à partir du moment où la première partie a eu, ou a pu avoir connaissance de ces circonstances. L'autre partie a droit à des dommages et intérêts en réparation du préjudice qui pourrait résulter de la violation de cette obligation. »

**TEXTES RELATIFS A L'INEXECUTION DU CONTRAT EN L'ABSENCE D'IMPOSSIBILITE
MATERIELLE D'EXECUTION**

Art. 1142 C. civ. français ancien: « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommage et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. »

Art. 1217 C. civ. français: « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut:

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation,
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'engagement,
- solliciter une réduction du prix,
- provoquer la résolution du contrat,
- demander réparation du préjudice causé par l'inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. »

Art. 1219 C. civ. français: « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même qu'elle est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si inexécution est suffisamment grave. »

Art. 1220 C. civ. français: « Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais. »

Art. 1221 C. civ. français: « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. »

Art. 1222 C. civ. français: « Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction. »

Art. 1224 C. civ. français : « La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire, soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice. »

Article 1225 C. civ. français: « La clause résolutoire désigne les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire. »

Art. 1226 C. civ. français: « Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son engagement, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution. »

Art. 1227 C. civ. français : « La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice ».

Art. 1229 C. civ. français : « La résolution met fin au contrat.

La résolution prend effet, selon les cas, dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice... »

Art. 1231-1 C. civ. français: « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit en raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'inexécution a été empêchée par la force majeure. »

Art. 1231-2 C. civ. français : « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après. »

Art. 1231-3 C. civ. français : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive ».

Art. 1231-5 C. civ. français : « Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sauf préjudice de l'alinéa précédent.

Toute stipulation contraire aux alinéas précédents est réputé non écrite.

Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure. »

Civ., 2, 4 fév. 1982: « Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était point produit. »

Civ., 1, 20 fév. 2001: « La gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls. »

Civ., 2, 19 juin 2003: « La victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable. »

Art. 1236 du projet de réforme du droit de la responsabilité: « Le

préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel. »

Art. 1238 du projet de réforme du droit de la responsabilité: « Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable.

Ce préjudice doit être mesuré à la chance perdue et ne peut être égal à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée. »

Art. 1258 du projet de réforme du droit de la responsabilité: « La réparation doit avoir pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit résulter pour elle ni perte ni profit. »

Art. 1263 du projet de réforme du droit de la responsabilité: « Sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice ».

Art. 1266-1 du projet de réforme du droit de la responsabilité: « En matière extra-contractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile.

Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés.

L'amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé.

Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5% du montant du chiffre d'affaires hors taxe le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise.

Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi, ou, à défaut, au Trésor public.

Elle n'est pas assurable »

C. cas. Belge, 2 mai 2002: « une partie à un contrat synallagmatique peut décider, de sa propre autorité et à ses propres risques, de ne pas exécuter ses obligations et de notifier à son cocontractant qu'elle considère le contrat comme résolu. »

BGB § 249 (1): « Celui qui est tenu à la réparation d'un dommage doit rétablir l'état des choses qui aurait existé si le fait d'où résulte l'obligation de réparer n'est pas survenu. »

BGB § 321 (1) « Celui qui est obligé en vertu d'un contrat synallagmatique d'exécuter en premier peut refuser la prestation qui lui incombe, lorsque, après la conclusion du contrat, il devient manifeste que son droit à la contre-prestation est menacé par le manque de ressources de l'autre partie. Le droit de refuser la prestation disparaît si la contre-prestation est fournie ou si une sûreté est constituée en vue de la garantir. »

BGB § 323 (1): « Lorsque dans un contrat synallagmatique le débiteur ne fournit pas une prestation échue ou ne la fournit pas conformément aux stipulations contractuelles, le créancier peut résoudre le contrat s'il a impartit au débiteur sans succès un délai raisonnable pour exécuter ou procéder à l'exécution corrective...

(4) Le créancier peut résoudre le contrat avant même l'échéance de la prestation, s'il est évident que les conditions de la résolution sont remplies. »

BGB § 434 (1): « Si la pénalité encourue est élevée de manière disproportionnée, elle peut, sur requête du débiteur, être réduite par jugement à un montant convenable. Dans l'appréciation de ce qui est convenable, il est tenu compte de tout intérêt légitime du créancier et non seulement de son intérêt patrimonial. Après acquittement de la pénalité, la réduction est exclue. »

Art. 1453 Codice civile italien : « Dans les contrats synallagmatiques, si une partie n'exécute pas ses obligations, l'autre peut, au choix, requérir l'exécution ou la résolution du contrat. Est réservée dans tous les cas la réparation du dommage. »

Hochster v. De La Tour (Queens Bench, England) - 1853

Issues:

Can an action for breach of contract be brought before the time the performance in question was supposed to occur?

Holding/Rule:

An action for breach of contract can be brought at any time after the breach, including before the time the performance in question was supposed to occur.

Reasoning:

- (1) Where there is an agreement to do an act on a future day, there is a relation constituted between the parties, and they impliedly promise that in the meantime neither will do anything to the prejudice of the other inconsistent with that relation.
- (2) If the P has no remedy for breach until the date in question, it follows that he cannot enter into other employment before then since that would cause him to breach as well.
- (3) After the renunciation of the agreement by the D, the P should be a liberty to consider himself absolved from any future performance of it, retaining his right to sue.
- (4) It seems reasonable to allow an option to the injured party, either to sue immediately or to wait till the time when the act was to be done.

Hadley v Baxendale (Exchequer Court) 23 February 1854, 156 ER 145.

Baron Alderson: « Now we think the proper rule in such a case as the present is this: Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e.,

according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it. Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the plaintiffs to the defendants, and thus known to both parties, the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated. But, on the other hand, if these special circumstances were wholly unknown to the party breaking the contract, he, at the most, could only be supposed to have had in his contemplation the amount of injury which would arise generally, and in the great multitude of cases not affected by any special circumstances, from such a breach of contract. For, had the special circumstances been known, the parties might have specially provided for the breach of contract by special terms as to the damages in that case, and of this advantage it would be very unjust to deprive them... It follows, therefore, that the loss of profits here cannot reasonably be considered such a consequence of the breach of contract as could have been fairly and reasonably contemplated by both the parties when they made this contract."

Czarnikow Ltd v. Koufos, The Heron II, HL (1967), 1 AC 350

Facts: The vessel the Heron II had arrived late at Basrah in breach of the terms of the charterparty. The House was asked as to the measure of damages. The charterers had intended to sell the cargo of sugar promptly upon arrival, and now claimed for the fall in the market price of the sugar during the period of delay. The owners did not know what the charterers intended to do with the sugar. But they did know that there was a market in sugar at Basrah and, if they had thought about it, must have realised that, at the least, it was 'not unlikely' that the sugar would be sold in the market at its market price on arrival.

Held: The House explained the rule in Hadley v Baxendale: « I do not think that it was intended that there were to be two rules or that two different standards or tests were to be applied... The crucial question is whether, on the information available to the defendant when the contract was made, he should, or the reasonable man in his position would, have realised that such loss was sufficiently likely to result from the breach of contract to make it proper to hold that the loss flowed naturally from the breach or that loss of that kind should have been within his contemplation. » Lord Upjohn: « If parties enter into the contract with knowledge of some special circumstances, and it is reasonable to infer a particular loss as a result of those circumstances that is something which both must contemplate as a result of a breach. It is quite unnecessary that it should be a term of the contract ».

Payzu v Saunders (1919), 2 KB, 581

By the terms of the contract, the defendant was to deliver goods to the claimant on a monthly basis and the claimant was to pay for the goods within one month of delivery. The contract was to run for nine months. The claimant received the goods at a discounted price because he had committed to purchase from the supplier over the nine month period. The claimant was late in making the first instalment (This amounted to a breach of warranty not entitling the defendant to repudiate the contract). The defendant refused to continue with the original contract but told the claimant that he would deliver the goods in future if the claimant paid cash on delivery and would still let him have the goods at the discounted price. The claimant rejected this offer and purchased the good elsewhere at a higher price. He then sued the defendant claiming the difference between the contractually agreed price and what he actually paid for them.

Held: The claimant was not entitled to damages. He was given the opportunity to purchase at the discounted price but rejected this. He was under a duty to take reasonable steps to mitigate his loss. The offer was a reasonable one and one which the claimant could easily have complied with.

Principes du droit européen des contrats, art. 8:103 Inexécution essentielle

L'inexécution d'une obligation est essentielle lorsque :

- (a) la stricte observance 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 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.

Principes du droit européen des contrats, 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.

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 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.

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.

Article 9:305: effet de la résolution en général

(1) la résolution du contrat libère les deux parties de leur obligation d'effectuer la prestation ou de la recevoir dans le futur; mais sous réserve des articles 9:306 à 9:308, elle est sans effet sur les droits et obligations qui avaient pris naissance au moment où elle est intervenue.

Art. 9:501: Droit à des dommages-intérêts

(1) Le créancier a droit à dommages-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.

Art. 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 ».

Art. 9:503: prévisibilité du dommage Le débiteur n'est tenu que du préjudice qu'il a prévu ou aurait du raisonnablement prévoir au moment de la conclusion du contrat comme étant une conséquence vraisemblable de l'inexécution, lorsque ce n'est point intentionnellement ou par sa faute lourde que l'obligation n'est point exécutée.

Art. 9:505 Réduction du préjudice:

(1) Le débiteur n'est point tenu de réparer le 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.

Art. 9:509 Clauses relatives aux conséquences pécuniaires de l'exécution

(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.

Projet de cadre commun de référence (Common frame of reference):

III.-3 :702: 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 l'obligation avait été dûment exécutée. Ils tiennent compte tant de la perte qu'il a subie que du gain dont il a été privé.

III.-3 :703: Prévisibilité du dommage

Le débiteur d'une obligation qui naît d'un contrat ou d'un autre acte juridique n'est tenu que du préjudice qu'il a prévu ou a pu raisonnablement prévoir¹⁶ au moment où l'obligation a été assumée comme étant une conséquence vraisemblable de l'inexécution, lorsque ce n'est pas

intentionnellement ou par sa faute inexcusable ou lourde que l'obligation n'a pas été exécutée.

III.-3 :705: 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.