

La consideration dans les principaux traités anglais on Contracts du XIX^e s. : un instrument de la justice contractuelle ?

David Deroussin

“The doctrine of consideration in the main English Treatises on Contracts of the 19th century : an instrument of contractual justice ?”

“On the basis of a corpus consisting of three treatises on the law of contracts (those of Leake, Pollock and Anson, with, of course, comparisons with earlier treatises by Powell and Chitty) published before the 1880s, i.e. at a time when the Will Theory was dominant, the aim of this paper is to examine the way in which English legal literature analysed the case law relating to consideration, especially the judgments which raise the question of the adequacy of consideration. An analysis of the way in which these treatises, which contributed to the formation of the English legal and judicial elite, dealt with the question of inadequate consideration (both at the stage of the formation of the contract and at the time of its performance) shows that they engaged in a selective and oriented reading of case law, with the aim of legitimising a certain conception of the contract: the contract as an expression of the freedom of the parties”.

Qu'entendre par *justice contractuelle* ? Les réponses sont multiples, mais la lecture du *corpus* analysé ici, qui se compose essentiellement de trois traités *sur le droit des contrats* de la seconde moitié du XIX^e s. - ceux de Leake, Pollock et Anson -, dans leurs éditions parues avant les années 1880, i.e. à une époque où s'affirme la *Will Theory*¹, conduit à en éliminer plusieurs². L'idée de justice en matière contractuelle peut par exemple s'exprimer à travers un principe de non-discrimination. Dans ce sens, un système contractuel est juste à la condition qu'il traite les parties au contrat de la même manière, sauf s'il existe une raison suffisante de les discriminer, comme cela peut arriver lorsque l'une d'elles est un professionnel et l'autre un consommateur. Ce n'est pas dans ce sens que l'expression *justice contractuelle* sera ici employée. Celle-ci peut encore s'entendre d'un point de vue que

¹ Sur cette notion et son développement, cf. A.W.B. Simpson, "Innovation in Nineteenth Century Contract Law", 91 *Law Quarterly Review* (1975), 247, 265 ; J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 1993 (not. p. 7-8) ; D. Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford University Press (1999) 2006 et . P.-S. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford (1979) 2003. Pour tenter de mesurer l'originalité de ces traités, il nous faudra toutefois les placer en vis-à-vis de traités plus anciens, notamment ceux de Powell et de Chitty.

² Sur la question plus générale des traités dans la littérature juridique en common law, cf. notamment A. W. B. Simpson, "The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature", *The University of Chicago Law Review*, vol. 48, n° 3 (1981), p. 632-679.

G. Smorto³ caractérise comme étant de type axiologique : elle vise alors à concilier *liberté* et *justice* en concevant le contrat comme un outil de répartition la plus équitable possible des ressources. Ce n'est pas non plus dans ce sens que l'expression *justice contractuelle* sera employée ici. Un tel objectif paraît en effet plutôt absent de la réflexion de nos auteurs, qui n'assignent pas au contrat la fonction d'établir une forme distributive de justice. Le contrat est pour eux d'abord l'affaire des parties. Ainsi considéré, il est un fait individuel (bien qu'il implique deux personnes au moins), *i.e.* qu'il n'est pas pensé comme un fait social par lequel devrait se réaliser la meilleure répartition possible du capital et des ressources accumulés dans une société donnée. Reste une dernière acception possible de la justice contractuelle, celle que G. Smorto caractérise comme étant de type dogmatique. Si cette conception s'est aujourd'hui introduite dans le droit anglais (comme le souligne Lord Bingham dans un arrêt de 1989, le droit anglais a en effet développé des réponses ponctuelles -« *piecemeal solutions* »- à certains problèmes d'injustice contractuelle -« *in response to demonstrated problems of unfairness* »-)⁴, elle se faisait plutôt discrète dans nos traités, soit qu'on en recherche les manifestations au moment même de la naissance de l'obligation soit qu'on tente d'en détecter la prise en compte au moment de son exécution. C'est à cette acception de la *justice contractuelle* qu'on s'attachera ici, précisément pour mettre en évidence et tenter de comprendre les raisons de cette discrétion. Il ne s'agira donc pas d'étudier, dans le droit anglais et à partir de toutes ses sources (jugements, réglementation), la façon dont l'impératif de justice contractuelle a été ou n'a pas été pris en compte au XIX^e s.⁵, mais de s'intéresser à la manière dont certains traités, *i.e.* des ouvrages essentiellement destinés à ceux qui se forment au droit⁶, présentent la façon dont le droit anglais prend en compte ou pas un impératif de justice contractuelle à travers le concept de *consideration*. On n'évoquera donc pas les remèdes que l'*Equity* a pu fournir, depuis au moins le XVIII^e s., au demandeur qui se plaint plus généralement d'être entré dans un *unconscionable contract*, et qui reposent en réalité sur l'exploitation par le défendeur de l'état de faiblesse dans lequel se trouvait le demandeur⁷. On n'évoquera pas non plus certains tests auxquels le juge anglais recourt, par exemple pour tenter de mesurer le caractère équilibré, donc raisonnable, d'un accord par lequel un individu s'interdit l'exercice d'une profession, parce qu'il n'est pas question ici de *con-*

³ G. Smorto, « La justice contractuelle », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 60, n° 3, 2008, p. 583-602.

⁴ *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd* ((1989) QB 433). Dans cet arrêt, L. J. Bingham décrit la bonne foi sous les traits du "*playing fair*", du "*coming clean*" ou encore comme l'attitude qui consiste à mettre carte sur table ("*putting one's cards face upwards on the table*"), bref, comme un principe de "*fair and open dealing*".

⁵ Cela nous dispensera de la recherche exhaustive de tous les arrêts qui pourraient porter sur la question (tout en gardant à l'esprit que, évidemment, les présentations exposées dans ces traités prennent pour base des autorités, *i.e.* à des arrêts).

⁶ W. Anson le dit clairement dans la préface de ses *Principles of the English Law of Contracts*, Oxford, 1879 : il s'adresse aux étudiants, qui ont besoin de connaître des règles générales. De même S.-M. Leake, *The Elements of the Law of Contracts*, Londres, 1867, p. vi : "such a work, it is conceived, may be found useful to students...".

⁷ Sur cette question, cf. P. Macdonald Eggers, *Vitiating of contractual consent*, 2017, p. 381.

sideration mais de fixer, au regard de l'intérêt général (qui postule, pour le juge anglais, la liberté du commerce), les limites raisonnables à un tel accord⁸. On l'aura compris, l'objet de cette étude consiste davantage dans la restitution d'un moment spécifique de l'histoire de la pensée juridique anglaise - celui qui correspond à la seconde moitié de l'époque victorienne⁹ -, plutôt que dans l'analyse *pour elles-mêmes* dès règles du droit anglais.

Promouvoir la justice contractuelle en se plaçant au moment de la formation du contrat, c'est élaborer des règles de formation qui garantissent l'élaboration d'un contenu contractuel juste, i.e. des règles ayant pour objectif de garantir en elle-même et pour elle-même l'égalité dans l'échange réalisé par le contrat, donc de réaliser une forme de justice commutative corrigeant les éventuels déséquilibres au motif qu'il est possible d'établir une proportion objective entre les prestations. Dans les pays de tradition civiliste, cette justice commutative s'est notamment frayé un chemin, depuis surtout les efforts des canonistes médiévaux, au moyen de l'idée d'un juste prix dont la détermination ne soit pas laissée à l'appréciation subjective des parties. Mais ces règles sont évidemment à l'image de la conception que le Législateur, le juge et les juristes se font de la société et, plus spécialement, du marché. Une conception libérale insistera ainsi sur la liberté qu'il convient de reconnaître aux parties, considérées *a priori* comme légitimes à vouloir un résultat davantage profitable à l'une d'entre elles, alors qu'une conception plus *sociale* du droit privé pourra conduire à ne considérer comme justes que les contrats aux prestations équilibrées. Dans nos traités, cette première approche, qui s'intéresse donc aux conditions de formation du contrat, trouve dans l'absence d'exigence d'une *adequacy* objective entre la prestation promise par le promettant et la *consideration* en vue de laquelle il l'a promise une limite de taille. Se placer, cette fois, au moment de l'exécution du contrat, c'est se demander si un contrat est *enforceable* lorsque, en raison par exemple d'un changement des circonstances, il n'y a pas ou plus d'équivalence des prestations. La question, qui renvoie à la théorie anglaise de la *frustration*, dont la précocité dénote au regard de l'attachement bien plus pérenne des droits continentaux au principe de l'intangibilité du contrat, mérite ici d'être envisagée, dans la mesure où les traités dont il sera question ci-après sont précisément publiés après l'affaire *Taylor*, qui constitue le point de départ de la construc-

⁸ Dans les diverses éditions de son traité (par ex. p. 424 de l'édition de 1921), Pollock par exemple fait remarquer que le juge doit considérer, au moment d'apprécier la validité d'une telle convention, les intérêts non seulement des parties, mais aussi du public, ce qui tend à souligner que l'objectif ici n'est pas tant de protéger les parties que de concilier leur volonté avec l'intérêt économique général. Si l'ordre public exige que personne ne se prive ou ne prive la société de son travail, de ses compétences ou de ses talents, chacun doit pouvoir cependant s'interdire d'entrer en concurrence avec d'autres personnes, par exemple si cette privation lui permet d'obtenir un meilleur prix au moment où il cède son affaire, et le juge apprécie alors la convention au regard d'un principe of reasonableness, veillant à ce que cette privation ne soit pas déraisonnable, i.e. excessive pour celui qui renonce à exercer une activité comme pour la société. En conséquence par exemple, une clause de non-concurrence n'est pas raisonnable si elle laisse exclusivement à celui à l'avantage de qui elle est stipulée le pouvoir de déterminer librement si l'activité développée est ou non une activité concurrentielle (Perls v. Saalfeld (1892) 2 Ch. 149, 61).

⁹ De l'époque victorienne on a pu dire qu'elle a été « an Age of Principles » (P.S. Atiyah, *Essays on Contracts*, Oxford, 1986, p. 16). Grâce aux travaux de Leak (1867), Pollock (1876) et Anson (1879), le droit des contrats (law of contracts) se transforme alors progressivement en un droit du contrat (law of contract) composé de principes généraux.

tion de cette théorie. Tout en gardant à l'esprit que l'idée d'une distinction rigoureuse entre règles de formation et règles d'exécution du contrat qui prétendrait que ces règles ont chacune un champ d'application distinct est discutable (notamment lorsqu'elle est mobilisée en vue de justifier l'interdiction faite au juge de s'immiscer dans le contrat, ce qui lui confère une valeur autant technique qu'idéologique) ; tout en gardant également à l'esprit qu'une telle distinction peut être facilement prise en défaut¹⁰, on cherchera ici les manifestations éventuelles de l'idée de justice contractuelle en s'intéressant, d'abord, au moment de la formation du contrat, puis, ensuite, à celui de son exécution, et on tentera, enfin, de mettre en lumière les causes des choix opérés par nos auteurs. En effet, ces derniers procèdent souvent à une présentation sélective et orientée des arrêts dont ils font la base des principes qu'ils exposent. S'agissant de la formation du contrat, ils ne mentionnent que les arrêts qui vont dans le sens de l'absence d'*adequacy* de la *consideration* (I.). À propos cette fois de l'exécution du contrat, ils présentent l'affaire *Taylor*, première pierre dans la construction de la doctrine de la *frustration* non pas comme une illustration de la prise en compte équitable du changement dans les circonstances de l'exécution, mais comme une application de la règle de la libération du débiteur en cas de disparition de la chose due (II.). Chaque fois, une telle présentation répond à une volonté précise : légitimer, sur la base du concept de *consideration*, l'idée du contrat comme une manifestation de la liberté des parties (III.).

I. UNE PRÉSENTATION SÉLECTIVE DES ARRÊTS AU DÉTRIMENT DE L'IDÉE DE JUSTICE CONTRACTUELLE : LA QUESTION DE L'ADEQUACY DE LA CONSIDERATION

Si l'on met de côté les contrats *under seal* (ou *deed*), dont la validité, depuis le Moyen Âge, ne dépend en principe uniquement que de la mise en œuvre de la forme requise (*signed, sealed and delivered*, comme le dit Anson¹¹)¹², les *simple contracts* supposent au contraire, pour reprendre la liste des conditions de validité du contrat dressée par W. Anson¹³, non seulement la capacité des parties, l'acceptation de l'offre, l'authenticité des consentements échangés, la licéité de l'objet mais aussi l'existence d'une *valuable consideration*. Pour définir cette notion, certains n'hésitent pas à recourir à l'analogie avec la notion française de cause. Après J. Chitty¹⁴, W. Anson par exemple voit dans la cause du droit français

¹⁰ En droit anglais, il suffit de prendre l'exemple de la *consideration*, que nos traités évoquent tantôt à propos de la formation du contrat (comme un élément de validité de la promesse faite (cf. par exemple J. Chitty, *A practical Treatise on the Law of Contracts*, 1839, p. 22, qui qualifie la *consideration* d'élément « essential to the validity of a promise »), tantôt à propos de l'exécution du contrat.

¹¹ W. Anson, op. cit., p. 42 : « it is the Form alone which gives effect to the deed ».

¹² Il est vrai que le common law (par exemple pour les *deed* ayant pour objet une limitation à la liberté du commerce) et les juges d'Equity ont fini par introduire ici, dans certains cas, la notion de *consideration*, mais ce type de contrat, en raison de son caractère formel et abstrait, n'a jamais constitué un terrain de réflexion où l'idée de justice contractuelle aurait pu trouver à s'épanouir.

¹³ W. Anson, op. cit., p. 10.

¹⁴ J. Chitty, op. cit., p. 22, qui compare la fonction de la *consideration* en droit anglais à celle de la cause en droit français : "It is equally a maxim in the French law that a consideration or cause is essential to the va-

des contrats un « *equivalent for consideration* » (tout en ayant conscience que, en droit français, le mot cause a un sens plus large¹⁵). Mais si la notion de cause a, en France, pu -marginale- servir de support à une réflexion sur l'équilibre contractuel, tel n'est pas le cas en Angleterre de la *consideration*. Pour nos auteurs, il s'agit seulement de rappeler que toutes les promesses ne sont pas nécessairement exécutoires -*enforceable*- et que lorsqu'un individu entend faire valoir un contrat devant un juge, il lui appartient de faire la preuve que la promesse qui lui a été faite a sa contrepartie dans un avantage qu'il a lui-même consenti ou un désavantage qu'il a lui-même subi, ce qui est, au fond, une manière de vérifier qu'il est véritablement une partie au contrat et non un tiers¹⁶. Se fondant sur les arrêts des *courts of law*, ils rappellent ainsi qu'on ne saurait se prévaloir d'un contrat lorsque la *consideration* est illusoire ou totalement inexistante, comme cela peut par exemple être le cas lorsqu'on promet d'accomplir un fait non pas pour obtenir un avantage mais parce qu'on souhaite que ce fait soit accompli (ici, il s'agit d'un simple *motive*, explique par exemple W. Anson¹⁷), ou encore lorsqu'on promet un fait ou une chose impossible en fait¹⁸ ou en droit, ou lorsqu'on promet ce que l'on doit déjà (parce que le bénéficiaire de la promesse n'obtient en réalité rien de plus que ce à quoi il a déjà droit). La *consideration* suppose donc que quelque chose soit fait au détriment ou à l'avantage

lidity of a promise”.

- ¹⁵ W. Anson, op. cit., où il cite le Répertoire Dalloz et souligne que par cause le droit français désigne également les sentiments d'honneur et les scrupules de conscience.
- ¹⁶ W. Anson, op. cit., p. 72 : dire que la *consideration* must move from the plaintiff revient à insister sur le fait que “when a man sues upon a promise he must show that the consideration for which the promise was made was some benefit conferred or detriment sustained by himself ; in other words, that strangers to a contract acquire no right to sue upon it simply because they are interested in its performance”.
- ¹⁷ W. Anson, op. cit., p. 71.
- ¹⁸ Nos auteurs considèrent comme des cas d'impossible détermination de la *consideration* certaines hypothèses dans lesquelles la *consideration* paraît inconsistante, et plutôt que d'envisager cette question de manière relative, i.e. au regard de l'importance ou de la valeur de la promesse que cette *consideration* doit soutenir, ils expliquent qu'il est alors impossible de déterminer son contenu et voient là un engagement impossible. W. Anson par exemple ne se place pas sur le terrain de la comparaison entre la promesse et la *consideration* et parle ici de ce qu'il appelle la *vagueness* de la *consideration* : il assimile l'inconsistance à l'impossibilité pratique d'exécuter (due au fait que la *consideration* serait trop vague), et cette *vagueness* n'est pour lui qu'une espèce d'un genre plus vaste, celui des promesses impossibles à exécuter caractérisées par ce qu'il appelle une *unreal consideration* (W. Anson, op. cit., p. 74-75). Il illustre cette règle par *White v. Bluett* ((1834) 23 L.J. Ex. 36). En l'espèce, Bluett père prête à son fils, l'intimé, une somme d'argent, mais décède avant que son fils ne la lui ait remboursée. Son exécuteur testamentaire, White, entame contre le fils une procédure en remboursement du prêt, mais Bluett fils fait valoir, à titre de défense, que son père s'était engagé à renoncer à sa créance contre l'engagement, de sa part, de cesser de se plaindre de la manière dont son père entendait répartir sa succession parmi les autres membres de la famille. Aux juges il est donc demandé de déterminer si la promesse du fils de cesser de se plaindre des projets de son père peut être regardée comme une *consideration* pour la remise de dette consentie par le père. Dans leur décision, les juges estiment au contraire que Bluett fils n'a consenti aucune *consideration*. D'une part en effet, il n'était pas juridiquement fondé à se plaindre des projets de son père, dans la mesure où ce dernier était libre de distribuer ses biens comme il l'entendait ; d'autre part, et par voie de conséquence, l'engagement de cesser de se plaindre ne saurait constituer une *consideration*, mais consiste plutôt dans la simple promesse de ne pas ennuyer son père (« not to bore his father », que les juges qualifient d'*intangible promise* (= promesse abstraite au sens de : immatérielle, non existante). Pour Pollock (*Principles of Contract at Law and in Equity*, Londres, 1876, p. 161) également, *White v. Bluett* fournit la preuve que la *consideration* doit pouvoir être raisonnablement définie.

de l'une ou des deux parties. Ce quelque chose doit être *of some value in the eye of the law*, mais cela n'implique pas d'équivalence objective entre les prestations. Nos auteurs regardent en effet l'*inadequacy* de la consideration comme n'étant pas *per se* une cause d'invalidation du contrat. Pour justifier une telle affirmation, ils prennent appui sur une série de précédents que, pour certains d'entre eux, ils sollicitent beaucoup (a). En revanche, ils admettent que cette *inadequacy* puisse servir à établir l'existence d'un vice du consentement (b).

1. Le refus d'annuler le contrat pour seule *inadequacy of consideration*

D'une manière très générale, Leake affirme que le fait qu'une promesse soit, du point de vue de sa valeur, équivalente à la contrepartie qui lui sert de *consideration est*, en droit anglais, indifférent¹⁹, y compris devant les juges d'équité – « *the adequacy of the consideration is not regarded in equity any more than at law* »-, ajoute-t-il, lesquels ne doivent donc pas, sur la base de ce seul motif, rescinder le contrat : « *mere inadequacy of the consideration is not a ground upon which the Courts of Equity will rescind a contract* »²⁰.

S'agissant du contrat de vente, Pollock enseigne que « *the established doctrine is that mere inadequacy of price is in itself of no more weight in equity than at law* »²¹. Solennellement, il affirme qu'une telle indifférence à l'égard de l'*adequacy* de la *consideration est* une marque distinctive du droit anglais, « *a distinguishing mark of English jurisprudence* »²². C'est ce que les Américains appelleront la *Peppercorn Theory*. À l'appui, nos auteurs invoquent des autorités anciennes, notamment *Sturlyn v. Albany* (1587), qu'ils interprètent comme la mise en œuvre de l'idée d'après laquelle il suffit que le demandeur se soit engagé à quelque chose, quelle qu'en soit la valeur, pour que sa demande soit recevable et que le contrat soit considéré comme reposant sur une *consideration* suffisante. L'arrêt porte en effet que : « *when a thing is to be done by the plaintiff, be it ever so small, this is a sufficient consideration to ground an action* »²³. Ils invoquent également volontiers le *Pinnel's case*²⁴, où il avait été jugé que le fait de se séparer, en contrepartie d'une promesse, d'un cheval, d'un faucon ou d'une robe plutôt que de verser une somme d'argent constitue une contrepartie suffisante. Passant à des précédents plus récents (curieusement, ni Chitty ni, après lui, Pollock et Anson ne citent *Knight v. Rushworth*²⁵ où, pourtant, on peut lire que : « *the smallness of a consideration is not material, if there be any* »), ils citent volontiers *Thomas v. Thomas* (1842)²⁶. En l'espèce, un mari, avant de mourir, affirme souhaiter que son épouse puisse demeurer dans leur maison après sa mort, mais omet de dé-

¹⁹ S.-M. Leake, op. cit., p. 311 : « the adequacy of the consideration, in point of value, as an equivalent for the promise is immaterial in English Law ».

²⁰ S.-M. Leake, op. cit., p. 332.

²¹ Pollock, p. 519.

²² Fr. Pollock, op. cit., p. 158, où il rappelle Il rappelle *Westlake v. Adams* ((1858) 5 C.B. (N.S.) 248).

²³ Cro. Eliz. 67, cité par exemple par Fr. Pollock, op. cit., p. 158.

²⁴ **1602, 5 Co Rep 117.**

²⁵ 1596, Cro Eliz. 469, 78.

²⁶ **114 ER 330.**

clarer cette intention dans son testament. Après son décès, ses exécuteurs testamentaires, au fait de sa volonté, concluent avec sa veuve un accord lui permettant d'occuper les lieux moyennant le paiement d'une rente annuelle d'une livre. Revenant ensuite sur cet accord et souhaitant la déloger, ils croient utile d'invoquer devant la cour le fait que la veuve aurait fourni, sous la forme d'une rente annuelle au montant si modique, une « *inadequate consideration* ». Plutôt que de juger qu'une telle rente, en raison de son montant, ne pouvait pas être considérée comme une rente véritable, la cour estime que la veuve, en acceptant de payer une somme en contrepartie de son maintien dans les lieux, a bien fourni une *consideration* : cette somme, quel que soit son montant, est bien *quelque chose* qu'elle fournit à son préjudice en contrepartie d'une autre chose, et cela suffit à transformer l'accord en un *enforceable contract*.

Nos auteurs mentionnent également *Haigh v. Brooks* (1840)²⁷ : A promet de payer certaines factures parce que B promet de lui remettre la garantie qu'il avait offerte pour le paiement de ces factures ; B remet la garantie à A, mais celle-ci s'avère finalement impossible à mettre en œuvre en raison du *Statute of fraud* de 1677. A se retrouve donc nanti d'un document qui ne lui est d'aucune utilité, donc d'aucune valeur. Pourtant, les juges considèrent que la remise de ce document, bien que ce dernier s'avère finalement sans intérêt, constitue une *consideration* suffisante. Comme l'affirme Lord Denman à l'occasion, que la garantie ait pu être utile ou pas, B a été conduit par la promesse de A à se séparer de quelque chose qu'il aurait pu garder, et A a obtenu ce qu'il souhaitait (la garantie) au moyen de cette promesse. Nos auteurs se réfèrent également à *Lamert v. Heath* (1846)²⁸ et à *Currie v. Misa* (Misa achète à Lizardi quatre lettres de change qu'il a tirées sur son banquier, Currie, et qu'il accepte de les payer trois jours plus tard ; le délai écoulé, Misa paie les lettres de change au moyen d'un chèque, puis il découvre que Lizardi s'est endetté auprès de son banquier et cherche à se raviser, en demandant à son propre banquier ne

²⁷ 10 A & E. 309.

²⁸ 15 M.& W. 487. En l'espèce, le défendeur, un courtier en actions, avait acheté pour le demandeur des titres vendus sur le marché des actions sous le nom de certificats de Kentish Coast Railway et signés par le secrétaire de cette compagnie. L'authenticité de ces titres avait été ensuite niée par les administrateurs de la compagnie, au motif qu'ils avaient été délivrés par ce secrétaire sans autorisation. Le demandeur avait donc intenté une action visant à recouvrer le prix qu'il avait payé pour les titres, inutiles et sans valeur, et pour la commission du courtier. Mais, dans la mesure où ces titres étaient les seuls titres connus pour être ceux de cette compagnie, qu'ils avaient déjà fait l'objet de cessions sur le marché, qu'ils avaient été publiés sur la Stock Exchange List, et que l'acheteur voulait acheter ces titres, il avait été jugé que l'acheteur avait en réalité obtenu ce qu'il avait réellement eu l'intention d'acheter, et qu'il ne pouvait donc pas résilier le contrat pour défaut de considération. L'affaire est citée notamment par J.-P. Benjamin dans son *Treatise of the Sale of Personal Property* (Londres, 1873, p. 332), où il écrit que la considération nécessaire au contrat de vente ne fait pas défaut dès lors que l'acheteur reçoit la chose qu'il avait en vue d'acheter, bien qu'elle s'avère finalement d'aucune valeur ni utilité pour lui en raison d'un événement qu'il ne connaissait pas (« but there is not a failure of consideration when the buyer has received that which he really intended to buy, although the thing bought should turn out worthless »). De toutes les circonstances de fait, Benjamin ne retient donc que le fait que l'acheteur n'a pas été trompé par son courtier et que la chose qui lui a été remise était bien, matériellement et indépendamment de sa valeur, la chose qu'il avait à l'esprit. Et il omet de signaler que, lors de la procédure, l'idée avait été émise, sur la base de *Jones v. Ryde* (cf. *Cases Relating to Railways and Canals: 1842-1846*, Londres, 1848, vol. iv, p. 302), que le demandeur devait être admis à se faire rembourser la somme payée, comme s'il y avait défaut total de considération

pas honorer son chèque ; Currie cependant le poursuit en paiement, à quoi Misa répond en affirmant que son paiement par chèque ne repose sur aucune *consideration*, parce que ces lettres n'ont plus aucune valeur : dans son arrêt, la Chambre des Lords se prononce en faveur de Currie, au motif que le fait pour Lizardi d'avoir fourni les quatre lettres constitue une *consideration*, que le fait qu'elles se soient ensuite avérées sans valeur du fait de la faillite de Lizardi n'est pas une circonstance pertinente, dans la mesure où, au moment où ces lettres ont été tirées, Lizardi était *in bonis*), et, enfin, que de son côté Misa a donné une *consideration* en promettant de payer pour ces lettres)²⁹.

De tous ces arrêts, notamment des propos du C.J. Tindal dans *Laythoarp v. Bryant* (1835)³⁰ et de *Currie v. Misa*, nos auteurs déduisent une définition de la *consideration* comme tout acte du demandeur dont le défendeur ou un tiers tire un avantage ou toute activité, tout détriment ou inconvénient subi par le demandeur, quelle que soit la valeur de cet acte, de cet avantage ou de cet inconvénient. On comprend ainsi pourquoi nos auteurs (Leake³¹ et Anson³²) s'abstiennent de toute critique à l'égard de l'arrêt *Hitchcock v. Coker* (1837)³³, dans lequel la Cour de l'Échiquier affirme qu'elle ne peut pas soulever la question de savoir si, dans une convention de restriction à l'exercice du commerce, la *consideration* est égale en valeur aux restrictions acceptées, et qu'il suffit donc que celles-ci soient raisonnables, i.e. limitées³⁴, alors que, plus d'un siècle plus tôt, le C.J. Parker, dans *Mitchell v. Reynolds* (1711), exigeait une *good and adequate consideration* (i.e. une *consideration* égale en valeur aux pertes subies par celui qui accepte de limiter sa liberté) et n'admettait la validité d'une clause limitative qu'à la condition que le contrat conclu soit juste et honnête (« *it appears to be a just and honest contract* »)³⁵. Mais si nos auteurs ont donc beau jeu de tirer de ces arrêts la règle d'après laquelle la seule *inadequacy of consideration* ne permet pas d'annuler un contrat, il est cependant possible de formuler sur ce point plusieurs remarques.

²⁹ (1876, 1 App Cas 554.

³⁰ 131 ER 1179. Cf. aussi *Dutchman v. Tooth* ((1839) 132 E.R. 1222) à propos d'un contrat de garantie.

³¹ S.-M. Leake, op. cit., p. 387 : "Before the case of *Hitchcock v. Coker* a notion prevailed that the restraint, in order to be allowed by law, must not only be reasonable in extent, but must also be supported by an adequate consideration given for it, that is to say, a consideration equal in value to that which the party restrained loses by the restraint under which he places himself ; but that doctrine was overruled in the above case..."

³² W. Anson, op. cit., p. 180 est encore plus laconique. Après avoir écrit qu'une *consideration* est nécessaire à la validité des contrats qui restreignent la liberté du commerce, il remarque incidemment : "Indeed it was at one time thought that the Courts would inquire into the adequacy, as well as the existence of the consideration, but this has been settled not to be so since the case of *Hitchcock v. Coker* (1837)". Chitty (op. cit., p. 519) ainsi que Pollock (op. cit., p. 309) citent *Mitchell v. Reynolds* pour préciser tous les arguments qui militent en la défaveur de telles restrictions, mais sans faire allusion à l'idée d'*adequate consideration*.

³³ 112 E.R. 167.

³⁴ *Hitchcock v. Coker* (1837) 112 E.R. 167 : "Held, by the Court of Exchequer Chamber (on error from the Court of K. B., in which judgment had been arrested), 1. That there was a legal consideration for the contract. 2. That the Court could not enter into the question, whether the consideration was equal in value to the restraint agreed to by the defendant. 3. That the restraint was not shewn to be unreasonable or oppressive by the circumstance that its duration was not limited to the life of the plaintiff, or to the time during which he should carry on the business".

³⁵ *Mitchell v. Reynolds* (1711) 1 PWms 181, 186 et 197.

Premièrement, il est certain que, au XIX^e s., les arrêts, à l'image de *Westlake v. Adams* (1858, où la règle est qualifiée de « *elementary principle* »³⁶), considèrent comme un principe élémentaire le fait que le *common law* ne cherche pas à vérifier l'adéquation entre la valeur de la promesse faite et la valeur de la *consideration* (« *the law will not enter into an inquiry as to the adequacy of consideration* »), y compris lorsque le promettant découvre après coup que ce en retour de quoi il a promis n'a pas la valeur qu'il escomptait. Mais, d'une part, on peut encore au début du XIX^e s. trouver des arrêts qui assimilent une différence importante entre le prix payé et la valeur véritable de la chose à un défaut de *consideration*. Tel est le cas dans *Jones v. Ryde* (1814)³⁷, évoqué lors de l'affaire *Lamert*, où il est décidé que celui qui a escompté un faux *navy bill* pour le compte d'un autre, qui le lui avait transmis, sans savoir qu'il s'agissait d'un faux, peut récupérer l'argent qu'il a payé, au motif qu'il a promis sans *consideration*. En l'espèce, les deux parties étaient de bonne foi et se trompaient sur la valeur de ce *bill*³⁸ : le *bill*, payé plus de £ 1 800, ne valait en réalité que £ 884, et cette différence est considérée comme équivalente à un défaut de *consideration*³⁹.

D'autre part, certains des arrêts anciens évoqués à l'appui de cette règle par nos auteurs ne semblent pas se prêter à ce jeu. Dans les affaires *Sturlyn et Knight* par exemple, la promesse dont l'exécution était réclamée avait été faite à l'appui d'une dette ou d'une obligation préexistante et c'est vraisemblablement cette dette ou obligation préexistante que les juges ont considéré comme le véritable fondement de l'action d'*assumpsit* intentée contre le promettant, à une époque où le *writ of debt* pouvait encore être utilisée et où l'action d'*assumpsit* ne s'était pas encore totalement affranchie du *writ of trespass*⁴⁰. Dans l'arrêt *Sturlyn*, le demandeur avait loué une de ses propriétés à un certain J.S., qui avait ensuite cédé le bail au défendeur. À la demande en paiement des loyers formulée contre lui par le demandeur, ce dernier répond qu'il est prêt à payer à la condition qu'on lui présente un acte (*deed*) prouvant l'existence du loyer. Le demandeur s'exécute, mais le défendeur refuse finalement de payer. C'est alors que le demandeur décide d'agir sur le fondement de l'action d'*assumpsit*, et c'est dans le cadre de cette procédure que la cour juge que le fait pour le bailleur d'avoir promis d'exhiber l'acte en question était une *consideration* suffisante pour la promesse faite par le défendeur de payer les loyers, étant entendu par ailleurs qu'il était évident que, par l'effet de la cession du bail, le défendeur était évidemment obligé. Dit autrement : la question soulevée devant les juges ne concernait pas un problème d'équilibre des prestations.

Deuxièmement, l'expression *mere inadequacy*, employée dans certains arrêts, peut être comprise de deux manières : soit, comme le font nos auteurs, comme impliquant que l'inadéquation soit accompagnée d'une fraude ou une autre cause d'invalidation (*mere*

³⁶ 5 C.B. (N.S.) 248.

³⁷ 128 E.R. 779. Cet arrêt n'est pas cité par J.-P. Benjamin.

³⁸ J. Chitty, op. cit., p. 312 cite pourtant cet arrêt comme exemple de *fraudulent misrepresentation*.

³⁹ Cf. Ch. Marshall, Reports of Cases Argued and Determined in the Court of Common Pleas, Londres, 1815, vol. 1, p. 157 et sv.

⁴⁰ Cf. P.-S. Atiyah, op. cit., p. 170.

au sens de : exclusif), soit comme impliquant que l'*inadequacy* substantielle doit être prouvée (*mere* au sens de : seulement, insuffisant). Or cette seconde acception est présente dans des arrêts anciens, que nos auteurs passent le plus souvent sous silence mais qui étaient donc susceptibles d'être mis au service d'une conception plus équitable du contrat. Il est vrai cependant que ces arrêts émanent des cours d'*Equity* et qu'ils ne concernent que certaines catégories de contractants, dont ces cours entendaient protéger les intérêts en vérifiant que le contrat n'a pas été conclu à leur trop grand détriment. Tel est le cas des *infants*. Powell⁴¹, qui compte pourtant parmi les premiers partisans de la théorie du *free choice*, souligne d'ailleurs que, lorsqu'un contrat concerne un *infant*, les juges s'inquiètent toujours de vérifier si ses intérêts ont été correctement protégés⁴². Outre les *infants*, la jurisprudence d'*Equity* entendait également œuvrer à la protection des intérêts de ceux qu'elle appelle les *common sailors*, en veillant, notamment, à ce qu'un matelot ne dissipe pas la part qui doit lui revenir dans le cas où il a participé au sauvetage de la cargaison d'un bateau. Dans *Baldwin and Alder v. Rochford* (1748)⁴³, il est ainsi souligné que si ces *common sailors* font un métier absolument nécessaire au public, ils comptent aussi parmi les personnes les plus irréfléchies qui soient (*unthinking sort of people*), et que, comme l'explique Lord Hardwicke, il faut les empêcher, à peine arrivés à bon port, de dilapider leurs gains pour des plaisirs immédiats. Comment ? En vérifiant, dans chaque cas, que le contrat soit *fair*⁴⁴. Dans *Taylor v. Rochford* (1751)⁴⁵, qui n'est pas non plus cité dans nos traités, la Cour de l'Échiquier écarte une telle cession en se fondant sur l'ignorance et l'état de pauvreté dans lequel se trouvait le marin, alors même que cette cession avait fait l'objet d'une confirmation et que la Cour explique que les hommes sont des agents libres (*free agents*), qu'ils peuvent ratifier des contrats, même *unfair*, de leur pleine volonté et qu'il n'appartient aux juges de venir au secours des imbéciles (*relieve fools*). Dans le même ordre d'idées, on pourrait également évoquer les arrêts qui entendent protéger contre leur inexpérience les jeunes héritiers contre des promesses inconsidérées mettant en jeu leurs droits successifs : ces cessions de droits successifs sont annulées (avec remboursement, le cas échéant, de l'acompte payé) lorsque la Cour de Chancellerie estime que l'héritier est entré dans un *unfair bargain*, ou bien elles sont transformées en d'autres

⁴¹ Essay upon the Law of Contracts, 1790, i, p. 44 et sv.

⁴² Il est vrai cependant que, à propos des contrats de mariage impliquant un *infant*, on constate dans la seconde moitié du XVIII^e s. une propension croissante des cours à considérer que la protection des intérêts de l'*infant* relève d'abord de la responsabilité des parents, desquels on n'attend d'ailleurs pas qu'ils parviennent au terme de la négociation à une « strict equality of fortune » (*Harvey v. Hashley* (1748) 3 Atk. 612). Sur ce point, cf. P.-S. Atiyah, op. cit., p. 171.

⁴³ 1 Wils K.B.230. Cf. aussi *How v. Weldon* (1754) 2 Ves. Sen. 516, 28, cité par P.-S. Atiyah, op. cit., p. 172, note 92.

⁴⁴ D'ailleurs, l'idée que, dès avant le XIX^e s., le droit anglais et plus largement les autorités publiques se seraient désintéressées de tout souci d'imposer un juste prix ne résiste pas à une réalité historique que nos auteurs, là encore, minorent : jusqu'à la fin du XVIII^e s., plusieurs statuts sont publiés, dont l'objectif est précisément de contrôler certains prix ou salaires et, en 1740, un Act spécial est promulgué pour donner aux juges le pouvoir de contrôler les contrats conclus par les matelots (sur ce point, cf. P.-S. Atiyah, op. cit., p. 172).

⁴⁵ 2 Ves. Sen. 281, 28.

opération (par exemple un mort-gage)⁴⁶ et, pour évaluer la valeur des droits cédés, elle fait régulièrement appel à des experts⁴⁷. Or si Pollock, par exemple, évoque cette jurisprudence, il en fait un exemple de *duress* ou de *undue influence*, ce qui lui permet de ne pas remettre en cause le principe de l'indifférence de l'*inadequacy of consideration*, même s'il est contraint, ici, de remarquer qu'il ne s'agit pas de cas de fraude au sens strict⁴⁸.

À ces arrêts on peut ajouter deux autres *cases*, auxquels nos auteurs ne s'arrêtent pas, mais qui sont d'interprétation plus délicate. Le premier - cité cependant par Powell⁴⁹ - a été rendu par la Chambre des Lords en 1774 (*Pope v. Roots* (14 juin 1774) 1 E.R. 628) : A, en pleine forme physique, s'engage en juillet 1790 par un accord écrit conclu avec B à lui livrer, à lui ou à ses héritiers, des terres moyennant une rente annuelle de 70 l. au plus tard le 1er octobre, étant entendu par ailleurs que les fermages dus à ces terres seraient payés à B dès le 5 avril précédent ; A meurt en novembre, avant que les terres n'aient été livrées. B introduit une demande de *specific performance* contre les représentants de A en offrant de payer la moitié de la rente : ces derniers objectent, indique Powell, qu'il s'agit d'un

“*unfair and unreasonable agreement*”, parce que, “*at the time of making, it was a very hard bargain*”, au motif que les propriétés valaient plus de £ 800 et que la rente prévue n'était pas suffisante (“*for the estate was then worth upwards of 800 l. and the annuity might have been brought for less than 590 l. And that an annuity of 95 l. for the life of A instead of an annuity of 78 l. supposing him to have been in full health, would have no more than a reasonable consideration for the purchase of the estate in question*”).

Mais Powell indique également que les défendeurs font valoir que le demandeur n'a pas pleinement exécuté sa part du contrat. Si la cour de chancellerie puis la chambre des Lords refusent la *specific performance*, il est donc difficile de dire si le constat d'un *unfair and unreasonable agreement* a suffi à décider les juges. Le second arrêt, *Stent v. Bailie* (1724)⁵⁰, met en scène un défendeur ayant vendu pour un prix fort, dû à la spéculation à la hausse qui avait agité les marchés lors de la fameuse *South Sea Bubble* de 1720, des actions d'une société qui, avant même qu'elles ne soient remises à l'acquéreur, avaient perdu une part substantielle de leur valeur. L'acquéreur cherche refuge auprès des juges d'*Equity* : en première instance, la cession est neutralisée, au motif qu'elle était contraire à la justice naturelle (*against natural justice*), mais, en appel, le Lord Chancellor invite les parties à trouver un compromis, i.e. à corriger elles-mêmes l'inégalité des prestations.

⁴⁶ Cette pratique de requalification du contrat sera abandonnée au XIX^e s., où le principe d'après lequel *the Court would not make a contract for the parties* s'affirme davantage.

⁴⁷ Sur ce point, cf. P.-S. Atiyah, op. cit., p. 173.

⁴⁸ Fr. Pollock, op. cit., p. 527. Sur cette jurisprudence d'*equity* ancienne relative aux *expectants hers*, cf. D. Ibbetson, op. cit., p. 254, qui voit là l'une des racines du développement, dans la seconde moitié du XX^e s., de la prise en compte de l'*unconscionability* du contrat.

⁴⁹ Essay, ii, 77.

⁵⁰ 1 P. Wms. 217, 24.

2. *Inadequacy of consideration* et les vices du consentement

L'*inadequacy* de la *consideration* reste donc en principe, d'après nos auteurs, l'affaire des parties. Soit les deux parties sont d'accord, et alors c'est une donation déguisée, soit l'une d'elle se plaint, et il lui faut prouver qu'elle n'a pas intentionnellement accepté une contrepartie infime. Comme cela sera précisé dans l'*Indian Contract Act* en 1872⁵¹, l'*inadequacy* peut en effet être prise en compte par le juge lorsqu'il cherche à savoir si ce consentement a été donné librement⁵². C'est l'idée à laquelle s'était déjà arrêté J. Chitty. Jointe à d'autres circonstances de suspicion, l'*inadequacy* peut servir à prouver la fraude :

« *Inadequacy of consideration for the contract will not ..., of itself, defeat the contract, or substantiate a charge of fraud. But, with other circumstances of suspicion, it may undoubtedly assist in establishing fraud, at least in a court of equity* »⁵³.

W. Anson pense la même chose : si l'*Equity* « *takes adequacy of consideration into account in dealing with contracts* », c'est dans la mesure où, si un contrat est argué de nullité (« *is sought to be avoided* ») au motif d'une fraude ou d'une *undue influence*, la preuve d'une *inadequate consideration* sera considérée comme un élément de preuve important à l'appui de la demande (« *will be regarded as strong corroborative evidence in support of the suit* »)⁵⁴. De même, S.-M. Leake enseigne qu'une « *great inadequacy of consideration* » est susceptible de soutenir un grief de fraude ou d'imposition propre à justifier les secours de l'équité (« *may afford evidence of fraud or imposition ; and upon that ground relief might be granted* »)⁵⁵. Quant à Pollock, il saisit l'occasion pour critiquer la formule de l'arrêt *Wood v. Abrey*, d'après laquelle le juge d'*Equity* doit vérifier que les parties au contrat de vente se sont rencontrées sur un pied d'égalité et peut tenir le contrat pour nul s'il constate que l'acheteur a tiré avantage de l'état de détresse dans lequel se trouvait le vendeur⁵⁶, parce qu'il l'estime trop générale. Il lui préfère celle de l'*Indian Contract Act* (sect. 25, expl. 2), ce qui revient à dire qu'il ne voit dans l'*inadequate consideration* qu'un in-

⁵¹ Sect. 25, expl. 2 : « An agreement to which the consent of the promisor is freely given is not void merely because the consideration is inadequate ; but the inadequacy of the consideration may be taken into account by the Court in determining the question whether the consent of the promisor was freely given ».

⁵² N.B. : on peut exclure les hypothèses d'erreur sur le prix, de description erronée (*misdescription*) de la chose vendue qui, dans le cadre d'une vente immobilière, rend le contrat annulable à la demande de l'acheteur, soit parce que la question posée est davantage celle de l'identité de la chose effectivement vendue avec la chose décrite dans le contrat (« When a purchaser, being naturally misled by the vendor's plan even after a view, supposes a portion of property to be included which is of no considerable quantity, but such as to enhance the value of the whole, this is a 'mistake between the parties as to what the property purchased really consists of' so material that the contract will not be enforced », écrit Pollock à propos de *Denny v. Hancock* (1870) L.R. 6 CH. 1, 14), soit parce que, lorsque la description a été intentionnellement tronquée par le vendeur, il s'agit de sanctionner la fraude sans que nos auteurs fassent mention de la disproportion entre la promesse et la *consideration*.

⁵³ J. Chitty, op. cit., p. 530.

⁵⁴ W. Anson, op. cit., p. 65.

⁵⁵ S.-M. Leake, op. cit., p. 332.

⁵⁶ 1818, 56 E.R. 558 : « if it be found that the vendor was in distressed circumstances, and that advantage was taken of that distress ».

dice d'un vice du consentement⁵⁷. De même, il explique qu'il faut interpréter l'un des *dicta* de l'arrêt *Longmate v. Ledger* (1860) d'après lequel, dans le contrat de vente, le juge d'*Equity* exige un « *reasonable degree of equality between the contracting parties* »⁵⁸, seulement en ce sens que, lorsqu'il existe une inégalité sociale ou d'intelligence très marquée entre les parties (ou lorsque la conclusion du contrat s'explique par la nécessité dans laquelle se trouvait l'une d'elles, nécessité propre à la placer, dans une certaine mesure, au pouvoir de l'autre), i.e. lorsque les parties ne disposent pas des mêmes compétences pour comprendre et protéger leurs intérêts respectifs, les juges d'*Equity* ont tendance à donner beaucoup plus de poids à toute circonstance suspecte accompagnant la formation du contrat, et se montrent beaucoup plus exigeants quant aux explications données par les parties⁵⁹. Mais il suffira de prouver que le consentement a été donné librement et que le promettant a volontairement renoncé à toute assistance pour que le contrat soit valable. Pollock⁶⁰ approuve ainsi *Harrison v. Guest* (1855)⁶¹, un arrêt dans lequel les juges considèrent valable une vente consentie pour un prix d'un montant manifestement faible⁶² par une personne âgée (71 ans), illettrée et alitée, de rang inférieur et sans avoir requis l'avis d'un professionnel indépendant, dès lors que l'acheteur rapporte la preuve que le vendeur a délibérément conclu le contrat et qu'il a fait le choix de se passer de l'avis d'un professionnel indépendant.

Le traitement réservé par nos auteurs aux arrêts qui prennent acte de l'état de subordination dans lequel se trouve l'une des parties par rapport à l'autre, ou, inversement, de la supériorité sociale ou morale dont jouit l'une des parties, en prenant en compte les conditions sociales, familiales ou professionnelles, dans lesquelles le contrat s'est formé, est à cet égard révélateur. De nombreux arrêts en effet se fondent sur le constat d'une *inadequacy* pour dénier à l'accord toute force contraignante lorsqu'il a été conclu par un contractant qui, en raison de la nature de ses relations avec l'autre partie, lui a fait confiance, i.e. dans l'hypothèse de relations asymétriques entre parties impliquant une relation de confiance dont l'autre partie a tiré profit⁶³. Or nos auteurs font le choix de présenter ces arrêts d'une manière telle que la question de l'*inadequacy* est nécessairement mise en re-

⁵⁷ Fr. Pollock, op. cit., p. 521.

⁵⁸ 66 E.R. 67.

⁵⁹ Fr. Pollock, op. cit., p. 540 : « such a dictum can be accepted only to this extent : that when there is a very marked inequality between the parties in social position or intelligence, or the transaction arises out of the necessities of one of them and is of such a nature as to put him to some extent in the power of the other, a Court of Equity will be inclined to give much more weight to any suspicious circumstances attending the formation of the contract, and will be much more exacting in its demands for a satisfactory explanation of them, than when the parties are on such a footing as to be presumably of equal competence to understand and protect their respective interests in the matter in hand ».

⁶⁰ Fr. Pollock, op. cit., p. 521.

⁶¹ 43 E.R. 1298.

⁶² Le vendeur avait cédé le bien en question, d'une valeur de 400, en contrepartie d'une provision à titre de pension et de logement de son vivant, mais qui n'aura duré que six semaines après la cession.

⁶³ Dans ce genre de relations, comme le dit Lord Kingsdown devant la Chambre des Lords dans *Smith v. Kay* ((1859) 7 H.L.C. 779), « the Court presumes confidence put and influence exerted ».

lation avec les seules présomptions de *duress* ou de *undue influence*⁶⁴. Ils donnent tous une liste à peu près identique des personnes entre qui ces présomptions leur paraissent justifiées : le mari et la femme, un parent et son enfant, un médecin et son patient, un avocat et son client, le *trustee* et le *cestui que trust*⁶⁵. Dans les contrats que ces catégories d'individus concluent, une *great inadequacy of consideration* peut être considérée comme *material*, mais seulement en tant que preuve (*as evidence only*), précisent-ils. Ce qu'il importe ici de remarquer, c'est, d'une part, que la question de l'*inadequate consideration* est envisagée non pas sous l'angle de la justice contractuelle (ni d'un point de vue moral, ni d'un point de vue objectif), mais à travers la qualité du consentement. Comme l'écrit Pollock, il est en effet possible à celui qui prétend conserver le bénéfice que lui procure le contrat de prouver que ce contrat a été conclu « *with due freedom and deliberation* »⁶⁶. À propos de la vente, ce dernier souligne que, à l'*inadequacy* du prix, il faut ajouter d'autres éléments qui prouvent que le vendeur « *was not a free and reasonable agent* », par exemple qu'il est un « *uneducated man of weak mind* » ou qu'il est atteint d'une maladie mortelle⁶⁷. C'est donc indirectement que sont neutralisés ces « *disadvantageous bargains* » qui procurent à l'une des parties un avantage injuste (« *unfair advantage* »)⁶⁸. Les circonstances spéciales de la conclusion du contrat (cette « *relation of dominion on the one part and submission on the other* », comme la caractérise Pollock⁶⁹) permettant seulement de faire présumer qu'elles ont eu (ou que la *fraud* du créancier ou la *misrepresentation* a eu) un caractère *déterminant de la volonté*. D'autre part, nos auteurs oublient souvent de signaler que, dans les arrêts plus anciens, la fraude ou la *misrepresentation* n'étaient pas les seuls éléments pris en compte, ou du moins qu'ils étaient conçus d'une manière plus large que ce qu'ils sous-entendent. Dans une approche qu'on pourrait considérer comme moins *techniciste*, certains arrêts d'*Equity* en effet se fondent sur le fait que le créancier a pris avantage de l'ignorance, des faiblesses de compréhension, de la pauvreté du promettant ou encore d'une erreur qu'il a commise pour, conjointement avec la preuve d'une

⁶⁴ Il suffit, souligne Pollock (op. cit., p. 523), qu'il soit établi qu'une personne qui se trouve dans une position d'influence envers une autre ait obtenu un avantage de sa part alors qu'elle se trouvait dans cette position, pour présumer, en l'absence de preuve contraire, que cet avantage a été obtenu au moyen de cette influence, et il n'est pas nécessaire que le plaignant établisse devant le juge la manière précise dont cette influence a été exercée.

⁶⁵ Comme dans *Coles v. Trecothick*, 32 E.R. 592 : pour qu'une telle vente soit valable, il faut que la relation fiduciaire ait cessé entre les parties, ou tout au moins, que le fiduciaire n'ait plus rien à faire, i.e. que les deux parties soient totalement libres d'agir et de se renseigner, ce qui montre que l'enjeu est de déceler -ou non- l'existence d'un *free consent*. En revanche, si Pollock admet sans la moindre critique les présomptions d'influence découlant des relations de confiance ainsi listées, il se montre très réservé à l'égard des propos de Lord Romilly dans *Cooke v. Lamotte* ((1851) 15 Beav 240), d'après qui celui qui reçoit par donation un avantage pécuniaire très important doit établir que celui qui le lui a fourni a agi de manière entièrement libre et délibérée et en connaissant la nature et les effets de l'acte qu'il a accompli : Pollock affirme qu'on ne peut se reposer sur une telle affirmation en pratique et que, prise dans son sens le plus large, elle rendrait un don irrévocable presque impossible (Fr. Pollock, *Principles*, 2nd ed., 1878, p. 528).

⁶⁶ Fr. Pollock, op. cit., p. 524.

⁶⁷ Pollock, p. 519.

⁶⁸ W. Anson, *Principles*, p. 156.

⁶⁹ Fr. Pollock, *Principles*, 2nd ed., 1878, p. 524.

inadequacy, invalider le contrat⁷⁰. À la fin du XVIII^e s. encore, Lord Thurlow ne recourait pas aux seuls concepts techniques de *fraud*, *misrepresentation* ou *undue influence*, mais affirmait ainsi que, si par ailleurs le seul fait que le prix payé est en dessous du prix du marché ne suffit pas à écarter le contrat (sinon les Cours d'*Equity* seraient submergées par ce contentieux), une *inadequacy* importante montre que le demandeur n'a en réalité pas compris ce qu'il faisait ou n'a consenti que sous une forme de contrainte due à l'état dans lequel il se trouvait⁷¹.

II. L'EXÉCUTION DU CONTRAT

L'idée que l'exécution du contrat est soumise au principe de bonne foi s'affirme progressivement et partiellement en droit anglais contemporain des contrats. Elle est en revanche absente des traités rédigés dans la seconde moitié du XIX^e s. -tout comme elle est d'ailleurs absente des réflexions de la doctrine civiliste française qui, à la même époque, réduit la *bona fides* à la seule *fides*⁷²-. Lorsque Chitty par exemple parle de *bona fides*, c'est seulement pour désigner la loyauté, l'absence de fraude⁷³. Il suffit de lire ce qu'il écrit à propos des règles d'interprétation des contrats pour s'en convaincre : 1°) ces règles, qu'il qualifie de « *simple and consistent* » et qu'il considère comme parfaitement adaptées à leur objet (« *well calculated to effect their sole object* »), ont pour objectif d'établir la justice entre les parties ; 2°) cette justice consiste tout simplement à faire exécuter l'accord conformément au sens que les parties lui ont mutuellement donné au moment où elles l'ont conclu (« *namely, to do justice between the parties by enforcing a performance of their agreement, according to the sense in which they mutually understood it at the time it was made* »). Malgré sa référence aux *expectations*, Fr. Pollock pense au fond la même chose (y compris dans les éditions postérieures de ses *Principles*). S'il souligne que le droit des contrats a pour fonction d'établir la sanction positive des attentes de bonne foi auxquelles a donné naissance la négociation d'un contrat entre individus doués d'une justesse d'esprit et d'une honnêteté moyennes (« *for the expectation of good faith which has grown up in the mutual dealings of men of average right-mindedness* »), il réaffirme la définition classique du contrat comme ensemble de promesses que le droit rend, sous certaines conditions, exécutoires (« *which the law will enforce* »), et cette bonne foi se ramène en réalité au principe de loyauté, qui implique chez Pollock le principe de non-contradiction : celui qui a promis n'est pas obligé seulement parce qu'il a exprimé une certaine intention, mais parce qu'il s'est exprimé d'une manière à autoriser l'autre partie à compter sur le fait qu'il va se conduire d'une certaine manière (« *not merely because he had or ex-*

⁷⁰ Cf. P.-S. Atiyah, op. cit., p. 174.

⁷¹ *Heathcote v. Paington* ((1787) 2 Bro. C.C. 167, 29). Cf. Atiyah, op. cit., p. 174. L'arrêt écarte le contrat « on the ground of under value alone », solution que Pollock s'empresse de dire contraire au *modern law* (Pollock, op. cit., p. 524).

⁷² Sur ce point, cf. D. Deroussin, « La bonne foi contractuelle (droit romain-XIX^e s.), in : Traditions savantes et codifications, Paris, LGDJ, 2007, p. 83-139.

⁷³ J. Chitty, 1839, p. 530 : « The omission to communicate a fact may also not amount to a fraud, where the party acted bona fide, and without actual fraud ».

pressed a certain intention, but because he so expressed himself as to entitle the other party to rely on his acting in a certain way »). Il ne s'agit donc pas de dire que la bonne foi constitue une valeur objective sur la base de laquelle le juge peut créer des obligations à la charge des parties quand bien même elles n'y auraient pas pensé ou au moyen de laquelle il veille à garantir dans le contrat un relatif équilibre entre les prestations. En revanche, la question s'est posée de savoir si une *inadequate consideration* pouvait justifier, devant les cours d'*Equity*, le refus d'un décret de *specific performance* par lequel le juge ordonne l'exécution en nature de l'obligation (1), de même que s'est posée la question des éventuelles conséquences d'un changement dans les circonstances d'exécution du contrat, lorsque ce changement rend cette exécution davantage onéreuse pour le débiteur (2).

1. *Inadequate consideration* peut-elle être une cause de refus de la *specific performance* ?

Si de nombreux arrêts de la seconde moitié du XIX^e s. estiment que le seul constat de l'*inadequacy of price*, dans un contrat de vente, ne permet pas de priver le créancier de la *specific performance* – de sorte que, comme on l'a vu s'agissant de la validité du contrat, il est nécessaire de mettre en lien cette *inadequacy* avec d'autres éléments susceptibles, ensemble, de justifier le rejet de la demande d'exécution⁷⁴-, certains arrêts du début du XVIII^e s. fondaient en revanche clairement le refus de la *specific performance* sur le caractère injuste du contrat. C'est le cas par exemple de *Savile v. Savile* (1721)⁷⁵, qui n'est cité que par Pollock⁷⁶. En l'espèce, le défendeur avait consenti à acheter une maison pour £ 10 500 et avait réalisé un dépôt de £ 1000 ; s'apercevant que ce prix ne correspondait pas à la valeur de la chose et résultait en réalité d'une forte spéculation qui avait fini par retomber, il entend désormais, en abandonnant le montant de son dépôt, ne pas compléter le prix. La cour (Lord Macclesfield), sur la preuve que le vendeur n'est pas en mesure de trouver un acheteur pour le même prix, juge qu'un tel prix est en réalité trop élevé et refuse en conséquence de faire exécuter le contrat : « *it would appear dear sold* ». *Keen v. Stuckeley*⁷⁷, rendu la même année, est d'interprétation plus délicate. En l'espèce, le demandeur réclame devant le juge d'*Equity* l'exécution d'une vente immobilière à un prix manifestement exorbitant. On voit alors s'affronter devant le juge deux conceptions antagonistes, celle qui prétend que le prix des choses est toujours incertain et qu'il faut abandonner sa détermination à la seule liberté des parties, et celle qui prétend refuser la *specific performance* en cas d'exorbitance du prix, parce qu'elle est un remède exceptionnel

⁷⁴ Cette règle est admise également en droit américain encore après la Deuxième guerre mondiale : dans *Kappelman v. Bowie* ((1952) 201 Md. 86, 93 A. 2d 266), il est jugé que la "mere inadequacy of price is, of course, not a sufficient ground for denying specific performance, but it may be considered in connection with other grounds of equitable relief". Pour une analyse de cette affaire, où le juge refuse la *specific performance* sur la base d'une erreur unilatérale du vendeur, considéré en outre comme inexpérimenté, cf. l'analyse de l'affaire *Kappelman v. Bowie* dans la *Maryland Law Review* (1954), vol. 14, issue 4, 368, parue sous le titre : *Unilateral Mistake as Defense to Specific Performance - Measure of Damages Recoverable by Vendee at Law*.

⁷⁵ 1 P. Wms. 745, 24.

⁷⁶ Pollock, op. cit., p. 522.

⁷⁷ 1721, Gilb. Eq. Rep. 155, 25.

offert par le juge d'*Equity* qu'il ne peut décréter qu'à la condition qu'elle ne cause pas un *undue hardship* au défendeur. Or la Chambre des Lords, sans se prononcer sur la question de l'*inadequacy*, refuse la *specific performance*, mais en se fondant sur un autre motif⁷⁸.

Au XVIII^e s., cet arrêt donnait déjà lieu à des interprétations divergentes. Selon Blackstone, une *valuable consideration* est nécessaire devant les *courts of law*, tandis que, devant les cours d'*Equity*, il faut une « *sufficient adequate value* » pour que le contrat ne soit pas écarté (*set aside*), et par *sufficient value* il entendait le fait que le cocontractant ait fourni « *an equivalent in recompense* »⁷⁹. Selon Powell en revanche, la détermination du prix doit être entièrement laissée à la responsabilité des seules parties⁸⁰. C'est à cette lecture que se range Leake : les cours d'*Equity* ne doivent pas refuser l'exécution d'une promesse au seul motif qu'elle n'a pas de contrepartie équivalente en valeur (« *and mere inadequacy of the consideration is not a ground upon which the Courts of Equity will rescind a contract, or even refuse a decree for specific performance* »⁸¹). Pollock quant à lui reconnaît que les arrêts sont partagés et, dans le chapitre qu'il consacre à la *duress* et à l'emprise (*undue influence*)⁸², il se demande si le fait de décréter la *specific performance* d'un contrat caractérisé par une *inadequate consideration* ne peut pas être considéré comme un *undue hardship*. Pour répondre à cette question, il passe en revue une sélection d'arrêts, en opposant ceux qui sont favorables au rejet de la demande de *specific performance* à ceux qui l'ont acceptée. Dans la première catégorie, il range notamment *Savile v. Savile* et *Keen v. Stuckeley*. Il cite également *Day v. Newman* (1788)⁸³, une affaire dans laquelle le vendeur réclamait l'exécution d'une vente pour un prix du double de la valeur véritable de la chose (les juges considèrent qu'il s'agit d'un contrat « *too hard... for the Court to assist in* » et, sans annuler le contrat, ils refusent d'ordonner son exécution), mais aussi *White v. Damon*⁸⁴, ainsi que l'opinion de Kindersley dans *Falke v. Gray* (1859)⁸⁵, d'après qui la *specific performance* doit être refusée sur la seule base de l'*inadequacy* de la *consideration*. *Contra*, il cite *Collier v. Brown*⁸⁶ et surtout l'opinion de Lord Eldon dans *Coles v. Trecothick* (1804)⁸⁷. Or c'est cette opinion qu'il considère com-

⁷⁸ Cf. Reports of Cases in Equity argued and decreed in the Courts of Chancery and Exchequer; chiefly in the reign of King George I. To which are added some select cases in Equity heard and determined in the Court of Exchequer in Ireland, etc., by Sir G. Gilbert. MS. Notes, Londres, 1734, p. 155.

⁷⁹ W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England, 1766, ii, xxx, ix.

⁸⁰ J.-J. Powell, op. cit., ii, p. 229 : « it is the consent of parties alone, that fixes the just price of any thing, without reference to the nature of things themselves, or to their intrinsic value ».

⁸¹ S.-M. Leake, op. cit., p. 332.

⁸² Fr. Pollock, op. cit., p. 524.

⁸³ 2 Cox 77.

⁸⁴ 7 Ves. 30.

⁸⁵ 4 Drew. 651 : jugé que, lorsque le contrat, bien que n'étant pas réellement frauduleux, est un contrat dans lequel les parties n'étaient pas sur un pied d'égalité, le demandeur connaissant et l'acheteur ignorant la valeur de la chose vendue, l'exécution ne doit pas en être ordonnée, si le prix est jugé inadequate. Kindersley évoque ici *White v. Damon* et *Day v. Newman*.

⁸⁶ 1 Cox 428.

⁸⁷ 9 Ves. 234.

me la mieux fondée. Il conclut donc que, sauf si la différence entre le prix et la valeur de la chose est telle qu'elle *choque la conscience*, i.e. qu'elle prouve une fraude, elle n'est pas à elle seule une raison suffisante pour refuser la *specific performance*⁸⁸. S'il concède (mais sans citer d'autorités à l'appui) qu'il a été jugé que l'*inadequacy of consideration* a pu être considérée comme une raison suffisante en elle-même pour refuser une demande de *specific performance* (« *has been considered to be itself sufficient ground for refusing specific performance* »), il tient donc que l'opinion contraire doit l'emporter (« *though, it is believed, the better opinion is otherwise* »)⁸⁹. Et c'est à Lord Eldon et à Pollock que renvoie Anson, pour justifier que, si le contraire a été jugé dans le passé (« *It has even been held that inadequacy of consideration is a ground upon which specific performance may be resisted* »), il est peut-être plus sûr (au sens de : « *safe* ») de juger que la simple *inadequacy of consideration* n'est pas par elle-même une raison suffisante pour refuser la demande de *specific performance*⁹⁰. Finalement, et comme on a pu le remarquer à propos des conditions de validité du contrat, nos auteurs absorbent la question de l'*inadequacy* dans la problématique plus générale du consentement. *To shock the conscience* : l'expression, qui n'est pas propre à Pollock, montre bien en effet qu'il n'est pas tant question ici de réguler d'un point de vue objectif les transactions économiques, mais de garantir à chacun qu'il ne sera contraint d'exécuter sa promesse que sous la condition qu'il s'est engagé librement et en connaissance de cause. C'est au point de vue des parties que nos auteurs entendent se placer. À leurs yeux, le droit n'est pas un arbitre, mais un garant.

2. La justice commutative en cas de changement des circonstances d'exécution

Le souci de rééquilibrer la répartition des intérêts des parties peut se faire sentir en cas de changement des circonstances survenant après la conclusion du contrat. Longtemps cependant (mais moins longtemps que le droit français !) le droit anglais a refusé de prendre en compte les conséquences d'un tel changement. Dans *Paradine v. Jane* (1647), la cour rejette l'argument de celui qui, pour échapper au paiement du loyer dû pour le bail d'une terre, avait invoqué le fait que cette terre lui a été enlevée par des troupes armées ennemies du roi et qu'il en avait ainsi perdu la jouissance le temps de cette invasion. Elle rappelle que, sauf le cas de la disparition de la chose objet du contrat (qui, lorsqu'elle n'est pas fautive, libère le débiteur), celui qui a pris un engagement a toujours la possibilité de prévoir, dans le contrat, les conséquences de la survenance d'événements futurs et que, à défaut, *il reste tenu* :

« *when a party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident*

⁸⁸ Il aurait pu citer également *Hanger v. Eyles* (2 Eq. Ca Abr. 689), à propos duquel E.B. Sugden, *A practical Treatise of the Law of Vendors and Purchasers of Estates*, 1805, p. 104, explique que les cours d'Equity ne refusent pas d'assister le vendeur sur le simple motif que le prix est déraisonnable.

⁸⁹ Fr. Pollock, *op. cit.*, p. 160.

⁹⁰ W. Anson, *op. cit.*, p. 63.

by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract »⁹¹.

À cet arrêt on pourrait ajouter *Moris v. Smith* (1783)⁹², qui impose au promettant l'exécution du contrat alors que la survenance d'un accident a rendu l'exécution de la prestation plus onéreuse pour lui : le contrat, qui portait sur l'extraction de charbon, prévoyait l'engagement pour le promettant de payer une somme calculée sur la valeur du charbon à extraire, à moins qu'un accident inévitable ne l'empêche d'exploiter la fosse ; un accident surgit mais, pour la cour, cet accident, parce qu'il n'était pas de nature à empêcher définitivement toute exploitation de la fosse, n'exonère pas le promettant, puisque, moyennant réparation à ses frais, il lui était toujours possible d'extraire du charbon ; peu importait donc le fait que, comme en l'espèce, le montant de la réparation fût plus important que la valeur du charbon à extraire : l'exécution demeurait donc possible, quoique plus onéreuse.

Dans l'édition de 1839 de son *Practical Treatise on the Law of Contracts*, i.e. avant l'affaire *Taylor v. Caldwell*⁹³ sur la base de laquelle sera construite la doctrine de la *frustration*, Chitty adhère sans réserve à ces solutions. Une promesse reste contraignante bien que son exécution soit improbable ou difficile (hypothèse qu'il assimile à l'impossibilité relative, i.e. l'impossibilité d'exécuter due à une cause propre au promettant), parce que celui qui accepte, au moyen d'un contrat, d'accomplir un acte doit l'accomplir (ou payer des *damages*), sauf si la prestation était déjà, au moment de la conclusion du contrat, manifestation impossible en elle-même. Il appartient donc à celui qui promet, qui est présumé savoir si l'accomplissement du devoir auquel il s'engage est ou non en son pouvoir, de parer aux imprévus⁹⁴. Telle est le principe que Chitty pense également pouvoir déduire de *Atkinson v. Ritchie* (1808)⁹⁵, qu'il présente comme une illustration de la règle d'après laquelle un vendeur qui s'est engagé à livrer une marchandise ne peut se défendre en excipant du fait qu'il n'a pas pu exécuter totalement le contrat en raison d'un blocus du port de chargement ou d'un « *inevitable accident* »⁹⁶. Si le vendeur n'a pas expressément écarté à l'avance toute responsabilité de sa part en cas de survenance d'événements susceptibles de rendre l'exécution plus difficile ou impossible, il a en effet accepté un contrat sans condition, i.e. un *absolute contract*, dont l'inexécution ne peut pas être excusée au motif d'un accident inévitable ou de toute autre éventualité, quand bien même la survenance

⁹¹ *Paradine v. Jane* (26 mars 1647) EWHC KB J5.

⁹² 99 E.R. 654.

⁹³ 1863, 3 B & S 826.

⁹⁴ J. Chitty, op. cit., p. 50 : « a promise is not void against the party who makes it, merely because its execution is improbable, or difficult ; or the impossibility of performing it applies only to the promiser individually. If a party, by his own contract, lay a charge upon himself, he is bound to perform the stipulated act, or pay damages for the non-completion, unless the matter were at the time manifestly and essentially impracticable. The improbability of the performance, does not render the promise void. It is the duty of the contracting party to provide against contingencies ; and he is presumed to know whether the completion of the duty he undertakes be within his power ».

⁹⁵ 10 East 295.

⁹⁶ J. Chitty, op. cit., p. 352.

de cet accident -ou cette éventualité- n'était pas prévue par le promettant ni n'était sous son contrôle⁹⁷.

Leake, Anson et Pollock, qui écrivent après l'arrêt *Taylor v. Caldwell*, ne semblent pas avoir pris conscience des conséquences qui seront tirées de ce précédent. Dans leurs éditions de la seconde moitié du XIX^e s., leurs traités ne paraissent pas avoir joué un rôle important dans l'émergence de la *frustration* sous les traits d'une doctrine spécifique. Ils se limitent à une analyse technique de la solution dégagée par cet arrêt, qu'ils rattachent à l'hypothèse plus générale de l'impossibilité d'exécuter en cas de disparition de la chose objet du contrat. Il faut dire que *Taylor v. Caldwell* se prêtait facilement à une telle analyse. Rappelons les faits : Taylor loue des locaux pour y tenir des bals ; les locaux sont, après la conclusion du contrat, détruits accidentellement ; aucune clause du contrat ne règle expressément une telle situation ; Taylor réclame le remboursement des frais de publicité qu'il avait engagés. La question est alors double : 1^o) déterminer si, compte tenu de la destruction accidentelle des locaux, l'exécution du contrat est devenue impossible ; 2^o) juger si cette impossibilité peut exonérer le promettant en l'absence de toute clause expresse. La cour répond positivement à ces deux questions. D'après le juge Blackburn, la règle dégagée dans *Paradine v. Jane* ne doit en effet s'appliquer que lorsque le contrat n'est soumis à aucune condition (relative aux événements futurs), mais une telle condition peut expresse ou implicite et, au terme de son travail d'interprétation du contrat, le juge peut en effet estimer que telle ou telle condition a nécessairement été un élément essentiel sur la base duquel les parties ont en réalité contracté, de sorte qu'elle constitue un *implied term*. Alors que les *cases* postérieures qui alimenteront la doctrine de la *frustration* concerneront plus franchement des cas dans lesquels, par l'effet d'un changement de circonstances, l'exécution du contrat conduirait à une prestation différente de celle à laquelle le débiteur s'est engagée, les faits de l'espèce font donc penser à la force majeure française et, pour un juriste français, la question posée serait celle de la destruction de la chose objet du contrat, dont les conséquences sont réglées différemment selon qu'elle est un corps certain ou une chose de genre. C'est précisément l'angle d'approche que privilégient nos traités, qui évoquent *Taylor v. Caldwell* parmi les causes de *discharge* du contrat, à côté par exemple de la prescription libératoire, et voient dans cette affaire une illustration de l'hypothèse de l'impossibilité subséquente d'exécuter (*impossibility of performance*).

Leake enseigne ainsi que le droit traite de la même manière ce qu'il appelle *impossibilité pratique* et *impossibilité absolue* et qu'il faut entendre par *impossibilité pratique* le fait que la prestation peut être accomplie, mais seulement à un coût excessif ou déraisonnable. Il cite à cet égard un *dictum* tiré de *Moss v. Smith*⁹⁸ : « *in matters of business, a thing is said to be impossible when it is not practicable, and a thing is impracticable when*

⁹⁷ Ibid., p. 567 : Of Excuses of Performance in general : "but, where a party, by his own contract, engages to do an act... [and] did not thereby expressly provide against contingencies, and exempt himself from responsibility in certain events ; and, in such case, therefore, that is, in the instance of an absolute and general contract, the performance is not excused by an inevitable accident, or other contingency, although not foreseen by or within the control of the party" : réf à *Paradine*. Par exemple, même la perte de la cargaison en raison d'une tempête (*Tompson v. Miles*, 7 T.R. 384).

⁹⁸ 1850, 9 C.B. 103.

it can only be done at an excessive or unreasonable cost ». Par exemple, un bateau est considéré comme totalement perdu lorsqu'il est pratiquement impossible de le réparer, bien que cela ne soit pas physiquement impossible⁹⁹. Il tient également pour une règle que l'impossibilité absolue d'exécuter la promesse, lorsqu'elle survient postérieurement à la conclusion du contrat et qu'il n'y a pas de disposition contractuelle expresse destinée à faire face à un tel événement (sous la forme d'une condition, plus précisément : la condition d'après laquelle l'exécution n'est due que dans le cas où la chose à livrer, par exemple, continue d'exister ; mais l'existence d'une telle condition peut être déduite de la nature de certains contrats, comme par exemple le dépôt ou le prêt de marchandises), ne prive pas le contrat de sa force contraignante¹⁰⁰. Mais il ajoute que, à défaut de condition expresse, le juge peut, au moyen des règles d'interprétation des contrats (« *These are questions of construction* », dit-il¹⁰¹), déduire du contrat que les parties n'ont pas voulu contraindre le promettant à exécuter *in all events*, mais seulement si tel ou tel état de fait existe et continue d'exister. Il conclut donc que, sauf s'il peut être établi au moyen d'une condition expresse ou implicitement déduite par le juge (comme dans l'affaire *Taylor*) que les parties ont contracté en prenant en compte l'événement qui rend l'exécution impossible, la règle demeure que le débiteur est tenu d'exécuter, quand bien même l'exécution est devenue inopinément plus onéreuse, voire impossible¹⁰².

Anson adopte la même règle, sur laquelle il articule tout son raisonnement : il appartient au promettant d'insérer dans le contrat une condition d'après laquelle il n'entend s'engager que s'il est possible, compte tenu d'une certaine chose ou compte tenu des circonstances, d'accomplir ce qu'il promet. Sinon, le promettant accepte une *absolute promise*, qu'il sera tenu d'exécuter dans tous les cas¹⁰³. Il revient donc aux individus de se prémunir eux-mêmes contre toute surprise. C'est le message -qu'on peut considérer comme une affirmation axiologique et normative, dans le sens où il propose un modèle de comportement et incite à s'y conformer- qu'il martèle à nouveau lorsqu'il évoque

⁹⁹ S.-M. Leake, op. cit., p. 357 : « practical impossibility is placed on the same footing in law with absolute impossibility ».

¹⁰⁰ Ibid., p. 361 : « Where the performance of the promise becomes absolutely impossible subsequently to the making of the contract, and there is no express provision in the agreement to meet such an event, the general rule seems to be that the contract remains binding notwithstanding the supervening impossibility ». Leake, qui se réfère à *Russell v. Niemann* ((1864) 144 E.R. 66), donne un exemple de clause des contrats de transport maritime de marchandises permettant d'exclure la responsabilité du débiteur en cas de force majeure ou d'accidents imprévus : « this clause runs as follows : "The act of God, the king's enemies, fire and all and every other dangers, and accidents of the seas, rivers and navigation of what nature and kind soever excepted" (op. cit., p. 366).

¹⁰¹ S.-M. Leake, op. cit., p. 362.

¹⁰² S.-M. Leake, op. cit., p. 362 : « Accordingly, it has been frequently laid down to the effect that where there is an absolute contract to do a thing, not in itself unlawful, the contractor must perform it or pay damages for not doing it, although, in consequence of unforeseen accidents, the performance of his contract has become unexpectedly burthensome, or even impossible ».

¹⁰³ W. Anson, op. cit., p. 312 : « if a man makes a promise to do some act, and the possibility of his doing it is dependent on the existence of some thing or state of circumstances, he must make his promise conditionally or he will be bound in any event ».

l'arrêt *Hills v. Sughrue*¹⁰⁴. Cet arrêt sera, au XX^e s., considéré comme une des illustrations fameuses de la « *harshness of the early common law* », i.e. du *common law* antérieur à l'admission de la doctrine de la *frustration*¹⁰⁵. D'après *Hills v. Sughrue* en effet, celui qui s'est engagé à faire charger dans un port une cargaison pleine (*a full cargo*) d'une certaine marchandise pour la ramener en Angleterre devra une compensation si cette marchandise se trouve en quantité insuffisante dans le port de cargaison pour constituer le fret prévu. On l'aura compris, les circonstances de l'espèce ne sont pas véritablement constitutives d'une impossibilité survenue après la conclusion du contrat. Mais le fait que Anson évoque cet arrêt à ce propos est révélateur : l'impossibilité subséquente n'est pas nettement distinguée de l'impossibilité initiale. Quoi qu'il en soit, Anson revient ensuite à l'hypothèse de l'impossibilité subséquente, pour formuler ce qu'il appelle une règle (*rule*) : que cette impossibilité trouve son origine dans la défaillance du promettant ou non, ce dernier ne sera pas dispensé d'exécuter le contrat, même si l'exécution devient impossible par l'effet de circonstances qu'il ne peut maîtriser : « *If the promisor makes his promise unconditionally, he takes the risk of being held liable even though performance should become impossible by circumstances beyond his control* »¹⁰⁶. Au passage, il souligne que *Paradine v. Jane* illustre « *briefly and perspicuously* » cette règle. Comme toutes les règles, celle qu'il formule ainsi connaît des exceptions, mais la manière dont il les présente est plutôt révélatrice d'une forme d'indifférence à l'égard des changements dans les circonstances d'exécution du contrat, y compris celles qui conduisent à rendre spécialement onéreuse pour l'une des parties cette exécution, et nulle part il ne cherche à justifier ces exceptions (ou à les expliquer) en se fondant sur l'idée qu'il serait injuste d'imposer alors l'exécution du contrat. Il range ces exceptions en trois catégories : 1°) la *legal impossibility* ; 2°) la destruction, sans faute de la part de l'une des parties, d'un corps certain dont l'existence continue est essentielle à l'exécution du contrat¹⁰⁷ ; 3°) le décès ou la maladie invalidante du promettant dans les contrats qui ont pour objet la prestation de services personnels, i.e. les contrats conclus *intuitu personae*. La première hypothèse est illustrée par l'affaire *Baily v. De Crespigny* (1869)¹⁰⁸. L'impossibilité d'exécuter résulte ici d'un changement dans le droit (objectif) lui-même ou de l'intervention d'une autorité publique. La troisième hypothèse est illustrée quant à elle par l'arrêt *Robinson v. Davison* (1871)¹⁰⁹, d'après lequel la maladie de la pianiste engagée pour un concert constitue pour elle une excuse suffisante dès lors que cette maladie l'empêche d'accomplir sa prestation : si, comme c'était le cas en l'espèce, le contrat ne renferme pas de clause expresse en ce sens, le juge doit considérer que, ayant été conclu en considération du talent spécifique du promettant, le contrat est un contrat conditionnel (« *conditional and not absolute* », d'après les mots de Bramwell), la condition consistant dans la possibilité pour le promettant d'exécuter lui-même

¹⁰⁴ 1846, 15. Al. & V. 253.

¹⁰⁵ Comme le fait remarquer une note sur l'arrêt *L. N. Jackson & Co. v. Royal Norwegian Government* de 1949 (177 F2d 694 (2d Cir. 1949)), parue au *Yale Law Journal*, vol. 59, p. 1511.

¹⁰⁶ W. Anson, op. cit., p. 314.

¹⁰⁷ W. Anson, op. cit., p. 316.

¹⁰⁸ 1869, LR 4 QB 180.

¹⁰⁹ 1871, LR 6 Ex 269.

la prestation. S'agissant enfin de la deuxième hypothèse, on aura reconnu l'arrêt *Taylor*, dans lequel s'origine la doctrine de la *frustration*. Analysant cet arrêt, Anson explique que la Cour introduit dans le contrat la condition implicite selon laquelle l'objet du contrat doit exister encore au moment de l'exécution. Il se montre plutôt critique à l'égard d'un tel montage et affirme sa préférence pour le raisonnement tenu dans l'arrêt *Baily v. De Cespigny* (où les juges s'étaient fondés sur une cause d'impossibilité totalement étrangère au contenu du contrat), qui lui semble davantage respectueux de la volonté des parties. Avec les mots de Josserand¹¹⁰, on pourrait dire qu'il critique ici un forçage judiciaire du contrat, qui écarte arbitrairement la volonté des parties tout en prétendant l'expliquer.

À l'instar de Anson, Pollock évoque également l'affaire *Taylor* dans des développements (le chapitre viii de ses *Principles*) consacrés aux *impossible agreements*, où toutes ses analyses prennent pour point de départ et pour horizon la volonté des parties. Dans ces développements, et à l'instar de Anson là encore, il mêle *impossibilité initiale* et *impossibilité subséquente*, ainsi que l'impossibilité par nature et l'impossibilité due à des circonstances de fait. Il commence par affirmer qu'un accord portant sur une chose impossible par nature est nul, parce qu'une telle impossibilité rend la promesse elle-même impossible, et parce que le caractère impossible de la promesse montre qu'il n'y avait en réalité pas de véritable intention de s'engager, donc de former un *agreement*¹¹¹. Quand il passe aux contrats dont l'exécution est arguée comme étant impossible non pas en soi mais en fait et en raison de circonstances particulières, il maintient que le principe demeure qu'une telle impossibilité ne saurait constituer une excuse lorsque le contrat est un *unconditional contract*, et le fait que cette impossibilité existe au moment où le contrat s'est formé ou qu'elle survienne ensuite importe peu à ses yeux. Il cite à ce propos trois arrêts. Le premier, *Atkinson v. Ritchie*¹¹², a été rendu sur la demande d'un vendeur qui s'était engagé à transporter une quantité spécifiée de chanvre et d'acier (en stipulant pour chacune de ces marchandises un prix à la tonne), mais qui, craignant un blocus du port de chargement, avait décidé de prendre la mer sans avoir chargé toutes les quantités précisées au contrat. À l'acheteur insatisfait, qui refuse de payer pour les marchandises livrées au motif que le contrat n'a pas été pleinement exécuté, les juges répondent que, dans la mesure où le prix est stipulé à la tonne, le contrat peut être divisé en parts consistant dans des tonnes, de sorte que le vendeur doit être payé pour les tonnes transportées et livrées, mais reste tenu envers l'acheteur des *damages* à titre de compensation pour les tonnes non livrées. Parce qu'il est ainsi condamné à des *damages*, Pollock, comme Chitty avant lui, voit dans cet arrêt l'illustration de la règle d'après laquelle le promettant ne saurait arguer, pour échapper à ses obligations, d'une impossibilité d'exécuter subséquente (ici : le blocus du port), alors que la solution adoptée par la Cour, qui, d'un point de vue technique, traite l'obligation du vendeur comme une obligation divisible, semble davantage équilibrée et vouloir tenir compte, de manière pragmatique, des intérêts des deux parties.

¹¹⁰ L. Josserand, « Le contrat dirigé », *Dalloz Hebdomadaire* 1933, chr., p. 89.

¹¹¹ Fr. Pollock, *op. cit.*, p. 350.

¹¹² 1808, 10 East 295.

Le deuxième arrêt cité par Pollock, *Hills v. Sughrue* (1846), condamne, on l'a dit, le promettant d'une cargaison de marchandises qui a échoué à effectuer le chargement dans le port désigné au contrat parce que les marchandises ne s'y trouvent pas en quantité suffisante. Le troisième, *Kearon v. Pearson* (1861)¹¹³, règle le sort d'un défendeur qui, par un contrat de charte-partie, s'est engagé à charger à bord du navire du demandeur une cargaison de charbons, laquelle cargaison devait être chargée « *with usual dispatch* ». Afin d'être chargé, le charbon devait être transporté jusqu'au port de chargement par des bateaux le long d'un canal reliant les mines au quai où se trouvait le navire du demandeur. Au cours de ce premier transport, une forte gelée rend le canal non navigable et immobilise le navire plus de trente jours. D'après les juges, l'expression *usual dispatch* doit être entendue comme signifiant *expédition habituelle*, i.e. une expédition conforme à celle que des individus disposant d'une cargaison prête à être chargée peuvent réaliser : le défendeur est donc déclaré responsable du retard. À tous ces précédents Pollock ajoute, en citant Savigny (*Oblig.* 1, p. 384), que seule l'impossibilité objective peut être prise en compte, par exemple une impossibilité légale¹¹⁴, i.e. celle qui n'est pas relative au débiteur. Il finit son exposé en rappelant que, sauf si le contrat en dispose autrement, l'engagement d'exécuter une prestation licite doit être tenu et, à défaut, le promettant peut être condamné à payer des dommages-intérêts, bien qu'à la suite d'accidents imprévus l'exécution soit devenue inopinément lourde, voire impossible¹¹⁵, et il cite à nouveau en référence l'affaire *Taylor v. Caldwell*, qu'il présente comme un « *exceptional* » case¹¹⁶. Dans toute sa discussion à propos de *Taylor*, il ramène ainsi la question à un point technique : est-ce que l'objet du contrat consiste en un corps certain ; si oui, sa destruction après la conclusion du contrat et sans la faute du débiteur éteint l'obligation, sauf si les parties ont voulu rester obligées *at all events* (ce qui suppose de déterminer s'il n'y pas dans le contrat une condition contraire, explicite ou déduite par le juge ; question qui doit être réglée à l'aide des règles qui gouvernent l'interprétation des contrats)¹¹⁷. Il ne voit pas ou ne veut pas voir le véritable enjeu -le changement des circonstances d'exécution- et rapproche *Taylor v. Caldwell* d'autres arrêts qui soulèvent simplement la question des conséquences de la destruction de l'objet de l'obligation quand il s'agit d'un corps certain, par exemple *Appleby v. Meyers*¹¹⁸.

Parmi nos auteurs, Leake se montre peut-être le plus réceptif. Il affirme à son tour qu'une impossibilité pratique est traitée par le droit de la même manière qu'une impos-

¹¹³ 1861, 158 E.R. 523.

¹¹⁴ Cf. par exemple *Spence v. Chadwick* ((1847) 16 L.J.R. 313) : le propriétaire d'un navire est tenu responsable de ne pas avoir transporté des marchandises qu'il n'était plus en mesure de transporter, parce qu'elles avaient été saisies comme marchandises de contrebande.

¹¹⁵ Fr. Pollock, op. cit., p. 358.

¹¹⁶ Fr. Pollock, op. cit., p. 362 : « in short, it is admitted law that generally where there is a positive contract to do a thing not in itself unlawful, the contractor must perform it, or pay damages for not doing it, although in consequence of unforeseen accidents the performance of his contract has become unexpectedly burdensome or even impossible ».

¹¹⁷ Fr. Pollock, op. cit., p. 359.

¹¹⁸ (1867) LR 2 CP 651.

sibilité absolue (« *practical impossibility is placed on the same footing in law with absolute impossibility* »). Par *practical impossibility* il entend : une chose qui peut être accomplie, mais seulement à un coût excessif ou déraisonnable. Toutefois, il paraît donner crédit au *dictum* tiré de *Moss v. Smith*¹¹⁹, d'après lequel un bateau est considéré comme totalement perdu lorsqu'il est pratiquement impossible de le réparer, bien que cela ne soit pas physiquement impossible¹²⁰. Contrairement à Pollock, par exemple, il ne précise pas que ce *dictum* ne saurait être compris d'une manière générale et absolue au motif qu'un débiteur peut légalement s'engager à accomplir une prestation possible quoique onéreuse pour lui¹²¹. Enfin, il faut ajouter à tout cela l'attachement de nos auteurs à la *preexisting duty rule*, qui veut que celui qui s'engage, par un nouveau contrat, à faire ce qu'il doit déjà s'engage sans *consideration*. Cette règle interdit en effet aux parties, après qu'elles ont constaté le changement des circonstances d'exécution du contrat, de conclure un nouveau contrat au moyen duquel les obligations du promettant peuvent être adaptées à ces circonstances nouvelles. À l'époque où nos traités sont rédigés, cette règle est pourtant progressivement abandonnée par la jurisprudence américaine, en vue précisément d'admettre la modification d'un contrat initial en raison d'un changement dans les circonstances d'exécution. En 1864, la Cour d'appel de New York, dans *Meech v. City of Buffalo*¹²², décide ainsi qu'une ville peut s'obliger à payer une indemnité majorée à un entrepreneur en raison de l'augmentation du coût des travaux résultant d'un fait qui n'était pas à la connaissance des parties au moment de la conclusion du contrat initial (l'entrepreneur ayant été de façon inattendue confronté à la présence de sables mouvants, il était devenu deux fois plus cher de mener le projet à terme). Certes, cette décision laisse aux parties elles-mêmes le soin de prendre en compte le déséquilibre contractuel induit par un événement (ou une circonstance) imprévu. Il ne s'agit pas pour le juge de modifier lui-même le contenu du contrat. Mais au moins les parties peuvent-elles ainsi, si elles sont d'accord, procéder à un rééquilibrage, que la *preexisting duty rule* interdit. Or s'il arrive à nos auteurs de citer des arrêts rendus outre-Atlantique, tel n'est pas le cas de *Meech v. City of Buffalo*, soit qu'ils n'en aient pas eu connaissance, soit qu'ils aient estimé inopportuns de rapporter un arrêt mettant en cause une règle à laquelle ils restent attachés.

¹¹⁹ 9 C.B. 103.

¹²⁰ S.-M. Leake, op. cit., p. 357.

¹²¹ Fr. Pollock, op. cit., p. 352 : « if a man may bind himself to do something which is only not known to be impossible, much more can he bind himself to do something which is known to be possible, however expensive and troublesome ».

¹²² (1864) 29 N.Y. 198, 210. Suivi de *King v. Duluth Ry Co* ((1895) M. & N. Ry. Cop., 61 Minn. 482, 63), où la Cour suprême du Minnesota, se référant à *Meech v. City of Buffalo*, accepte de prendre en compte une modification d'un contrat initial comme reposant sur une *consideration* suffisante lorsque cette modification est motivée par un « additional burden not contemplated by the parties » au moment de la conclusion du contrat initial.

III. LE FONDEMENT ANTHROPOLOGIQUE

Comme le souligne D. Kennedy¹²³, les traités du XIX^e s. s'intéressent moins aux différentes espèces de relations qui peuvent se nouer entre les individus qui contractent, qu'au contrat lui-même, conçu comme un archétype fondé essentiellement sur le couple offre/acceptation et dont l'objet est de modifier la répartition des biens et valeurs entre les individus¹²⁴. Enchâssée dans ce schéma, leur analyse de la *consideration*, et les définitions qu'ils en donnent, ont pour effet, sinon pour but, de laisser à la volonté des parties son plus grand domaine d'action. Nos auteurs contribuent en effet à mettre en forme une doctrine de la *consideration* qui rompt définitivement avec les conceptions émises en son temps par Lord Mansfield, aussi bien celles qui consistaient à voir dans une obligation morale préexistante le fondement de la contrepartie à une promesse¹²⁵, que celles qui consistaient à réduire la *consideration* au statut de règle probatoire (comme dans *Pillans v. Van Mierop* par exemple). Ils prennent le soin d'insister sur le fait que la *consideration* n'est pas requise à titre de preuve seulement et adoptent ainsi une conception qu'on pourrait qualifier de substantielle, du moins dans le sens où la procédure s'oppose au droit substantiel. Or si l'approche probatoire de Mansfield et plus généralement l'idée que la *consideration* consiste en une forme (comme l'expliquera Fuller aux U.S.A.¹²⁶) auraient pu facilement venir à l'appui de la *Peppercorn Theory*, l'idée de la *consideration as substance*, qui se dégage notamment de l'arrêt *Currie v. Misa*¹²⁷ sur la base duquel nos auteurs ont tendance à asseoir leur définition de la *consideration*¹²⁸, ne devrait à première vue pas être compatible avec la prise en compte d'une *consideration* purement nominale¹²⁹ et ce, d'autant plus que nos auteurs soulignent que l'exigence de *consideration* a précisément pour finalité de ne pas conférer un effet juridiquement contraignant à une promesse qui aurait été faite sans réelle intention de s'obliger¹³⁰. De même, le fait (on le voit

¹²³ D. Kennedy, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought* (1975) 2006, p. 208.

¹²⁴ Il est significatif à cet égard que Anson par exemple exclut de son ouvrage les accords dont l'effet est immédiat sur le statut des personnes, comme le mariage : c'est une manière de dire que le contrat est d'abord un instrument de modification de l'attribution des choses, i.e. des richesses, et dans cette attribution, la volonté est reine.

¹²⁵ W. Blackstone (op. cit., ii, xxx, ix) : « (if the thing be founded on a prior moral obligation, (as a promise to pay a just debt, though barred by the statute of limitations) it is no longer nudum pactum ») admettait une telle idée, que Leake, un siècle plus tard, considère comme une source d'incertitude et de confusion (S.-M. Leake, op. cit., p. 316).

¹²⁶ L.-L. Fuller, *Consideration and Form*, 41 Colum. L. Rev. 799 (1941).

¹²⁷ (1874) L.R. 10 Exch. 162.

¹²⁸ Par exemple, W. Anson déduit de *Currie v. Misa* que les *courts of law* n'ont pas à se demander si la *consideration* leur paraît adéquate à la promesse : lorsqu'un créancier d'une somme d'argent accepte de son débiteur, à la place, une autre chose de moindre valeur, il faut penser qu'il a vu là son intérêt, et le juge n'a pas à s'en mêler (W. Anson, op. cit., p. 61 : « Courts of law will not inquire whether the consideration is adequate to the promise, but will insist that it should be something of some value in the eye of the law »).

¹²⁹ Cf. Ed. Polubinski Jr., *The Peppercorn Theory and the Restatement of Contracts*, William & Mary Law Review, vol. 10, issue 1 (1968), 206 : "The rationale is that there is no bargain for a promise supported by a peppercorn".

¹³⁰ S.-M. Leake, op. cit., p. 310 : "The object of this requirement is to avoid the risk of giving a binding effect to promises made inadvertently, and without an obligatory intention".

notamment chez W. Anson¹³¹) de distinguer rigoureusement la *consideration des motives* des parties, précisément parce que nos auteurs n'admettent pas que la proximité des liens entre les parties, par exemple les liens familiaux, puisse suffire à établir l'existence d'une *valuable consideration*, aurait pu, également, conduire à insister sur la valeur de la *consideration* et sur sa correspondance avec celle de la prestation promise. Dit autrement, la conception de la *consideration* que nos traités contribuent à imposer aurait pu servir de support à une vision substantielle de la *consideration*, propre elle-même à préconiser la nécessité, plus ou moins absolue, d'un équilibre des prestations.

Comment expliquer ce paradoxe ? On peut avancer ici plusieurs explications. Premièrement, nos auteurs donnent au mot *adequacy* un sens précis : *adequacy* désigne le caractère suffisant, pertinent, de la *consideration*. Pour définir la *consideration*, ils utilisent au contraire les termes *compensation* ou *equivalent*, qui ont un sens différent et expriment simplement l'idée que quelque chose doit être fait *in return for the promise given*. Leake par exemple peut donc affirmer en même temps que l'*adequacy de la consideration* n'est pas requise et que la *consideration* suppose l'idée de compensation ou d'équivalent¹³². Deuxièmement, et on touche là au fondement anthropologie de leur discours doctrinal, nos auteurs considèrent les parties comme des sujets libres et autonomes, ce qui les conduit par exemple à justifier le *Pinnel's case*, que Anson notamment considère comme une conséquence nécessaire (« *a necessary result* ») de la définition de la *consideration* qu'il promeut¹³³. Parce qu'elles sont libres, les parties au contrat sont responsables, et cette corrélation entre liberté et responsabilité est conforme à la philosophie libérale contemporaine. Comme l'explique par exemple Chitty, les engagements contractuels se distinguent (et cette distinction sera maintenue après lui) de ceux qui sont imposés par la loi, car si l'inexécution d'une obligation légale peut être excusée si elle est rendue impossible par la force majeure (*Act of God*), celui qui par son propre contrat s'est engagé à accomplir une prestation est réputé commettre une faute (Chitty parle même de *folly*)¹³⁴. Leake pour sa part reprend à son compte les propos du juge Rolse dans *Vyse v. Wakefield*¹³⁵ : quand un individu contracte, il doit exécuter sa prestation, qu'elle soit raisonnable ou pas (ce qui peut arriver lorsque l'obligation est d'origine contractuelle, mais pas lorsque les devoirs sont imposés par la loi), parce qu'alors c'est par sa seule *faute* qu'il s'est engagé à assumer une telle obligation¹³⁶.

¹³¹ W. Anson, op. cit., p. 71.

¹³² S.-M. Leake, op. cit., p. 312 : « the element of compensation or equivalent for the promise which is essential to constitute a legal consideration ».

¹³³ W. Anson, op. cit., p. 77.

¹³⁴ J. Chitty, op. cit., p. 567 : « where the law casts a duty on a party, the performance shall be excused, if it be rendered impossible by the act of God ; but, where a party, by his own contract, engages to do an act, it is deemed to be his own fault and folly that he did not thereby expressly provide against contingencies... ».

¹³⁵ (1840) 6 M. & W 442. Cet arrêt, relatif à une police d'assurance sur la vie stipulant que l'assureur serait déchargé de toute obligation dans le cas où l'assuré passerait les frontières de l'Europe, est considéré comme l'un des cas établissant la règle d'après laquelle celui qui s'engage à faire une chose que l'autre partie a intérêt à connaître doit informer cette dernière qu'il a bien accompli cette chose.

¹³⁶ S.-M. Leake, op. cit., p. 357 : « When a person enters into a contract, he is bound to perform it, whether reasonable or not. An obligation imposed by law is necessarily both reasonable and practicable ; but a

Parce que les parties sont considérées comme autonomes, il semble difficile à nos auteurs, comme le fait remarquer notamment Chitty¹³⁷, d'imaginer une fausse déclaration relative à la valeur de la chose (« *misrepresentation as to value* »). Les parties n'ont-elles pas la possibilité de constater ou de vérifier par elles-mêmes cette valeur avant de s'engager (« *the truth of which a party has an opportunity of ascertaining* ») ? Une fois le contrat formé, ne faut-il pas considérer qu'elles se sont engagées en connaissance de cause ? Chitty précise d'ailleurs que si les juges s'efforcent de réprimer la malhonnêteté, ils attendent de chacune des parties une certaine vigilance et un degré légitime de précaution parce que, écrit-il en reprenant la formule romaine, *vigilantibus et non dormientibus iura subveniunt*¹³⁸. Il en reste ainsi à l'idée romaine du *bonus dolus*, qui le conduit notamment à affirmer que dans tous les contrats chaque partie cherche à obtenir un avantage, ce qui lui semble à la fois naturel et juste. Dans un contrat de vente, le vendeur s'efforce de vanter les mérites de sa marchandise, tandis que l'acheteur cherche à la déprécier pour payer moins cher. Lors des négociations, chacun exerce son propre jugement et nul ne peut être considéré comme coupable d'une fraude en raison de telles affirmations, parce qu'il est entendu qu'elles sont à considérer comme de *bare assertions* auxquelles on ne se fie pas¹³⁹. Comme le souligne après lui Anson, les expressions élogieuses, telles que celles que les hommes utilisent habituellement pour inciter les autres à conclure un marché, ne sont pas traitées comme des *representations* sérieuses de faits¹⁴⁰.

Le fait que chacun soit érigé en seul juge de ses intérêts explique également qu'il ne saurait être question d'imposer à l'une des parties de veiller aux intérêts de l'autre. Notamment, nos auteurs n'entendent pas soumettre les parties à une obligation de s'informer réciproquement. Ils adhèrent tous au principe *caveat emptor*, affirmé dans *Keates v. Cadogan*¹⁴¹ : il n'existe pas d'obligation générale et précontractuelle en vertu de laquelle une partie serait contrainte de révéler des faits dont elle aurait connaissance (et que l'autre ignorerait), même si elle avait conscience du fait qu'une telle information dissuaderait l'autre de contracter. Cela revient à dire qu'il incombe à chacun de s'informer par soi-même, et de juger seul s'il faut ou non contracter. À cet égard, nos auteurs ne font aucune

person may undertake by agreement to do any particular act, and, if it is not reasonable, it is his own fault for entering into such a contract". Id. : "Whether a promise is reasonable or not, provided it be reasonably practicable, is immaterial".

¹³⁷ J. Chitty, op. cit., p. 528.

¹³⁸ J. Chitty, op. cit., p. 528 : « On the one hand, courts of justice have endeavored to repress dishonesty ; on the other hand, they have required and expected that each party shall be vigilant, and exercise a due degree of caution. *Vigilantibus et non dormientibus succurrunt iura* ».

¹³⁹ J. Chitty, op. cit., p. 529 : « In all contracts, each party naturally and fairly attempts to obtain advantage. As in a contract of sale, the vendor endeavors to extol the article, the vendee to depreciate ; each exercises his own judgment, and neither party can be said to be guilty of a fraud in making bare assertions, upon which the other party probably places no reliance, and which he does not embody in his contract".

¹⁴⁰ W. Anson, op. cit., p. 144. Par exemple : dire qu'une terre est très fertile alors qu'elle est pour partie à l'état d'abandon parce qu'inutile, cf. *Dimmock v. Hallett* (1866, LR 2 Ch App 21).

¹⁴¹ (1851) 10 C.B. 591 : (1851) 10 CB 591 : dans un contrat de bail, le bailleur n'a pas l'obligation d'informer le locataire du mauvais état de l'immeuble avant de conclure le bail. Le preneur ne peut se plaindre que si le propriétaire a donné une garantie expresse quant à l'état de l'immeuble, ou s'il a été activement trompé par ce dernier quant à l'état de l'immeuble. Cf. aussi *Smith v. Hughes* ((1871) LR 6 QB 597).

allusion à *Carter v. Boehm* (1766)¹⁴², un arrêt dans lequel Lord Mansfield avait considéré qu'il appartient à celui qui a connaissance d'un fait inhabituel, qui sort de l'ordinaire, d'en avertir l'autre partie au moment de la conclusion du contrat. Alors que, à l'époque où nos auteurs écrivent, cette règle est limitée au contrat d'assurance, à certaines ventes immobilières et à l'acquisition d'actions d'une société (dans ces opérations, l'une des parties est en effet dans l'obligation de s'en remettre aux affirmations de l'autre, de sorte que le juge doit tenir compte du caractère erroné de ces affirmations, voire de la dissimulation non frauduleuse des informations importantes -*concealment of a material fact*-, et priver le contrat de ses effets¹⁴³), elle était, dans l'esprit de Mansfield, d'application générale et corrélée à l'idée de bonne foi : la bonne foi interdit à chacune des parties, en gardant pour elle la connaissance d'éléments qu'elle est la seule à posséder, de conclure une affaire alors que l'autre est dans l'ignorance de ces éléments. Lord Mansfield parlait d'un « *governing principle* » applicable « *to all contracts and dealings* »¹⁴⁴.

Nos auteurs font en quelque sorte le pari que l'individu a agi dans son intérêt, quand bien même un autre n'aurait pas agi de la même façon parce que, comme l'explique Leake, les parties ont la liberté de négocier comme cela leur plaît (« *the parties are at liberty to make what bargain they please* ») et l'équilibre en valeur entre les prestations est entièrement laissé à leur appréciation (« *the adequacy of it in value as a return for the promise is left wholly to the estimation of the parties to the agreement* »)¹⁴⁵. Chez Pollock, cette conception semble totalement déconnectée de la réalité sociale et économique, au point qu'il la maintient même après les bouleversements produits par la Grande Guerre, dans l'édition de 1921 de ses *Principles*¹⁴⁶. On pourrait résumer les choses ainsi : en tant que test permettant d'apprécier la validité d'une promesse, la *consideration* n'implique pas : 1° que, au point de vue de l'administration efficace de la Justice, le juge détermine le prix des choses ; 2° que l'affirmation du caractère obligatoire ou non d'une promesse dépend d'un critère vague comme, par exemple, son caractère juste et équitable (*fair*) ; 3° parce que les individus sains d'esprit sont libres de contracter dans leur intérêt ou non. Pour le dire autrement : il n'y a pas vraiment pour nos auteurs de raisons pour lesquelles le droit des contrats devrait être soumis à des impératifs moraux (d'où l'abandon des idées de Lord Mansfield relatives à l'obligation morale). Le droit des contrats doit être moralement neutre¹⁴⁷, parce qu'il a pour fonction d'assurer l'efficacité d'accords conclus par des individus censés poursuivre leur propre intérêt.

¹⁴² 3 Burr. 1905, 97 : « Good faith forbids either party, by concealing what he privately knows, to draw the other into a bargain, from his ignorance of that fact and his believing the contrary ».

¹⁴³ Cf. *Ionides v. Pender* ((1874) LR 9 QB 531).

¹⁴⁴ Sur cet arrêt, cf. P.S. Atiyah, op. cit., p. 168.

¹⁴⁵ S.-M. Leake, op. cit., p. 311.

¹⁴⁶ Fr. Pollock, *Principles*, éd. 1921, p. 189 : la loi exige seulement qu'il y a un *bargain*, mais elle laisse les parties être les juges de leur intérêts (« *the law will be satisfied that there was a real and lawful bargain, but it leaves parties to measure their bargains for themselves* »).

¹⁴⁷ La même neutralité du droit, quoique fondée sur des prémices différentes -celles du positivisme juridique-, est recommandée au même moment par J. Austin, qui en tire la même conséquence -quoique sans doute avec davantage de nuances- : « (speaking generally) every individual person is the best possible judge of his own interests » (*Lectures on Jurisprudence*, 1888, p. 158).

Cette anthropologie, nos auteurs l'ont peut-être découverte dans leurs lectures personnelles ou leur formation académique. Pollock convoque ainsi l'autorité de Hobbes, ce qui présente d'ailleurs une double originalité : d'une part, au regard des autres traités évoqués ici, qui ne quittent pour ainsi dire jamais le monde des juristes et des arrêts pour évoquer les philosophes ou les économistes, comme si la matière juridique suffisait à elle seule à la formulation des règles de droit ; d'autre part, en ce que Hobbes ne passe pas pour avoir été l'un des pères fondateurs du libéralisme... . Ce que Pollock emprunte à Hobbes, c'est l'affirmation d'après laquelle la valeur des choses à propos desquelles les parties contractent se mesure à l'appétit que les parties ont pour elles, si bien que la valeur juste est celle qu'elles ont consenti à leur donner¹⁴⁸. Cette affirmation est tirée du chapitre XV de la première partie du *Léviathan*, où il est traité de certaines lois naturelles, et spécialement de celle qui oblige les hommes à exécuter les conventions qu'ils ont faites (« *that men perform their covenants made* »), condition nécessaire à la sortie de l'état de guerre. Dans ce chapitre, Hobbes considère cette loi naturelle du respect des conventions comme la source et l'origine de la justice, et il définit précisément l'injustice comme le manquement à la parole donnée¹⁴⁹. Il précise en outre que tout ce qui est fait contre un individu mais conformément à sa volonté ne peut être considéré comme un mal ou un dommage qui lui soit fait : « *Whatsoever is done to a man, conformable to his own will signified to the doer, is not injury to him* ». Si donc Pollock se réfère à Hobbes, c'est parce qu'il a lu chez ce dernier une critique de l'idée de justice commutative (après avoir rappelé qu'on fait consister la justice commutative « *in the equality of value of the things contracted for* », il remarque ironiquement : « *As if it were injustice to sell dearer than we buy* »¹⁵⁰), que, au fond, il reprend à son compte.

Outre l'occasion de leur formation académique, nos auteurs ont pu également découvrir cette anthropologie dans les opinions émises par les juges dans les arrêts qu'ils citent, où, compte tenu de l'allure et de la structure générale des arrêts, elle se fait beaucoup plus lisible que, à titre de comparaison, dans les arrêts de la Cour de cassation française. Souvent en effet les juges prennent la peine de justifier par des considérations générales le refus d'imposer une nécessaire adéquation, en valeur, entre la promesse et sa contrepartie. On peut même se demander si ces considérations justificatives générales doivent nécessairement être mises en relation, au plan intellectuel, avec le libéralisme triomphant du XIX^e s., dans la mesure où elles se rencontrent déjà dans le *Pinnel's case*, dont la solution découle précisément du fait que le juge doit admettre que, au regard des circonstances dans lesquelles le demandeur se trouvait, il a pu lui apparaître plus avantageux d'obtenir

¹⁴⁸ Hobbes, *Leviathan*, I, xv : "The value of all things contracted for is measured by the appetite of the contractors, and therefore the just value is that which they be contented to give".

¹⁴⁹ Hobbes, op. cit., I, xv : "And in this law of nature consisteth the fountain and original of justice. For where no covenant hath preceded, there hath no right been transferred, and every man has right to everything and consequently, no action can be unjust. But when a covenant is made, then to break it is unjust and the definition of injustice is no other than the not performance of covenant. And whatsoever is not unjust is just". Tout au long de ce passage, Hobbes rejette tout à tour tous les arguments qui pourraient justifier en raison le manquement à une convention.

¹⁵⁰ *Leviathan*, I, xv : "To speak properly, commutative justice is the justice of a contractor; that is, a performance of covenant...".

tel cheval, tel faucon ou telle robe plutôt que de l'argent : sans dire que les parties sont des sujets rationnels qui cherchent à satisfaire leur intérêt et qu'on ne peut soupçonner d'agir contre leurs propres intérêts, le *Pinnel's case* révèle que, déjà au début du XVII^e s., les juges anglais n'imaginaient pas qu'un individu ait pu entrer dans un contrat sans y trouver ce qu'il considère comme étant pour lui un avantage¹⁵¹. Quoi qu'il en soit, ces considérations générales se rencontrent dans de nombreux arrêts du XIX^e s. Elles servent de fondement à la solution préconisée par Tindal dans *Laythoarp v. Bryant* (précité) : il existe une *valuable consideration* dès lors que le demandeur s'est engagé à accomplir un acte, à fournir un avantage ou à subir un inconvénient avec le consentement du défendeur, et quand bien même cet avantage ou cet inconvénient serait de faible valeur¹⁵². Cinq ans après l'arrêt *Laythoarp*, Lord Denman, dans *Haigh v. Brooks* (1840, précité) insiste de manière plus explicite sur deux points : d'une part, les parties sont libres et capables de juger par elles-mêmes (« *Both being free and able to judge for themselves* ») ; d'autre part, une fois valablement conclu, le contrat est obligatoire, de sorte que le juge ne peut admettre que le promettant tente d'échapper à ses obligations parce qu'il découvrirait après coup que la chose en considération de laquelle il a promis n'a pas la valeur qu'il pensait (« *how can the defendant be justified in breaking this promise, by discovering afterwards that the thing in consideration of which he gave it did not possess that value which he supposed to belong to it ?* »). Il ajoute que, plus généralement, le juge peut parfaitement estimer que le promettant n'a pas promis en considération exclusive de cette valeur, mais que, au contraire, il a pu vouloir contracter pour d'autres raisons que le juge n'a pas à identifier ni à évaluer, parce que chaque individu est le seul juge du poids qu'il souhaite accorder aux raisons qui ont pu le motiver (« *it cannot be ascertained that that value was what he most regarded : he may have had other motives and objects, and of their weight he was the only judge* »). Admettre l'inverse, selon les paroles du juge Alderson dans *Pilkington v. Scott* (1846) rapportées par Anson¹⁵³, reviendrait à dire que le *bargain* n'est pas l'œuvre des parties, mais du droit : « *the law making the bargain, instead of leaving the parties to make it* »¹⁵⁴. On le voit : les juges estiment qu'il appartient aux parties de réfléchir elles-mêmes, si elles le souhaitent, à l'équilibre des prestations au moment où elles contractent, et qu'ils n'ont pas à revenir sur leur appréciation au moment où l'une d'entre elles réclame l'exécution du contrat (« *the adequacy of the consideration is for the parties to consider at the time of making the agreement, not for the Court when it is sought to be enforced* »¹⁵⁵), au point qu'on a pu soutenir que l'idée que les juges anglais se font du *bargain* n'est pas con-

¹⁵¹ 1602, 5 Co Rep 117 : « the gift of a horse, a hawk or a robe, in satisfaction, is good. For it shall be intended that a horse, a hawk or a robe might be more beneficial to the plaintiff than money, in respect of some circumstance, or otherwise the plaintiff would not have accepted it in satisfaction ».

¹⁵² "Any act of the plaintiff from which the defendant or a stranger derives a benefit or advantage, or any labour, detriment, or inconvenience sustained by the plaintiff, however small the detriment or inconvenience may be, if such act is performed or inconvenience suffered by the plaintiff with the consent, express or implied, of the defendant".

¹⁵³ W. Anson, op. cit., p. 63.

¹⁵⁴ 15 M & W 660.

¹⁵⁵ *Bolton v. Madden* ((1873) LR 9 QB 55), où la consideration consiste dans le fait de procurer un avantage aux enfants de l'autre partie.

forme à la signification courante du mot¹⁵⁶, sauf à dire que la *consideration*, en tant que test, opère comme une notion fonctionnelle¹⁵⁷, *i.e.* qu'elle sert à dire, dans chaque espèce, si l'intérêt social qui s'attache au respect de la parole donnée justifie qu'on passe outre le caractère dérisoire de la contrepartie à une obligation.

On pourrait expliquer la réticence de nos auteurs à instituer le mécanisme de la *consideration* en instrument de la justice contractuelle par le fait que ces traités sont tenus, quant au fond, par le contenu des arrêts et qu'ils se limitent ainsi à une simple exposition du droit positif. Si, comme l'explique S.-M. Leake, ces traités ont pour finalité d'identifier et de réunir les règles générales et les principes du droit des contrats¹⁵⁸, il n'en demeure pas moins que, comme le fait remarquer Pollock dans ses *Essays in Jurisprudence and Ethics*¹⁵⁹, il convient de distinguer la théorie de la législation (*i.e.* la réflexion sur ce que devrait être la loi), de ce qu'il appelle la *Jurisprudence*, qui elle-même inclut la théorie du droit positif (*theory of positive law*), dont l'objectif est de permettre une meilleure compréhension ou un meilleur exposé, précis et ordonné, de ce qu'est le droit réellement, *i.e.* tel qu'il existe à un moment donné sur un territoire donné. Le juriste qui enseigne (*teacher*) doit donc faire avec le droit tel qu'il existe, et non pas tel qu'il voudrait qu'il fût. Mais, on l'a vu, nos auteurs procèdent à une sélection des arrêts, omettant ceux qui leur aurait permis de plaider pour davantage d'équilibre dans le contrat. Dit autrement, l'attitude qu'ils adoptent n'est pas une attitude contrainte, et elle a même, au contraire, un objectif prescriptif. La quête des *general principles*¹⁶⁰ prend ainsi les traits d'une entreprise pour contenir la juridiction des *courts of law* dans d'étroites limites : les *courts of law* doivent juger selon des principes certains et fixes (« *certain and fixed principles of law* ») et non pas d'après des considérations d'équité qui, devant ces cours, risqueraient d'introduire l'arbitraire et l'incertitude en laissant libre cours à la volonté, voire aux caprices du juge¹⁶¹.

Ces *general principles* fixent les contours d'une conception du contrat qu'on qualifie souvent de *libérale et individualiste* - ce que les historiens du droit anglais appellent le *mo-*

¹⁵⁶ Corbin, *Recent Developments in Contracts*, Harvard Law Review, vol. 50 (1937) 453, qui considère pour sa part que ce que les juges appellent *consideration* est ni plus ni moins que la raison valable de politique sociale en vertu de laquelle il convient, dans le cas d'espèce, d'établir l'existence d'un contrat obligatoire.

¹⁵⁷ En employant ici l'expression notion fonctionnelle, on entend seulement indiquer que la notion de *consideration* remplit une fonction particulière dans l'ordre juridique anglais, et non pas adhérer à la distinction proposée en son temps par G. Vedel (cf. notamment : JCP 1948, I, 682) entre les notions conceptuelles et les notions fonctionnelles (pour une critique de cette distinction, cf. G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », RFDA 2009, p. 641 et sv.).

¹⁵⁸ S.-M. Leake, *op. cit.*, p. vi : "the writer has endeavoured to collect the general rules and principles of the law of contracts, with all their details and exceptions ; to show the grounds of authority on which they rest, and the scope of their practical application, by means of cases and examples selected as appropriate for that purpose".

¹⁵⁹ Londres, 1882, p. 262.

¹⁶⁰ L'expression est déjà utilisée par J.-J. Powell (*op. cit.*, i, p. iv).

¹⁶¹ Powell, *op. cit.*, i, p. x : « the will and caprice of the judge ».

dèle classique du contrat¹⁶². Dans cette conception, la fonction de la *consideration* se limite à permettre la distinction entre le contrat, conçu comme *bargain*, et l'acte unilatéral. Est-elle le fruit du libéralisme économique qui se développe à l'époque ? D'une part, on remarquera que les prémisses d'une telle conception peuvent être décelées dès la fin du XVIII^e s. En 1790 déjà Powell affirmait ainsi par exemple que le prix est fixé du seul consentement des parties, et que les parties n'ont pas à se conformer à la nature de la chose ou à sa valeur intrinsèque¹⁶³, de même qu'il tenait aussi pour un principe que l'*inadequacy of price alone* n'est pas une raison suffisante pour le juge d'*Equity* de refuser son secours, sauf si elle est telle que, jointe aux éléments de preuves internes que qui ressortent de la transaction, elle lui permet de conclure à l'existence d'une fraude¹⁶⁴. Plus qu'ils ne l'ont inventée¹⁶⁵, nos auteurs ont contribué à sa généralisation et, en 1921 encore, dans la 9^e édition de ses *Principles*, Fr. Pollock la maintient -alors que la *Will Theory* fait déjà l'objet de critique- et affirme que la règle selon laquelle le juge n'a pas à s'interroger sur l'*adequacy of the consideration* constitue l'une des positions caractéristiques de ce qu'il appelle l'école anglaise de la science du droit (« *the English school of theoreticcal jurisprudence* »)¹⁶⁶. D'autre part, nos auteurs, contrairement par exemple à A. Smith, ne font pas la moindre allusion au fait que la recherche par les individus de leur intérêt personnel permet, lorsque cet intérêt est satisfait, la réalisation d'un équilibre -théorie de la main invisible-. Dans la vente, leur conception (à l'instar de Powell) s'accompagne d'une définition essentiellement subjective du prix, en dépit de l'éventuel recours au standard du raisonnable¹⁶⁷. Ils ne jugent pas utile de reprendre la distinction opérée notamment par

¹⁶² W. Swain, *The classical model of contract: the product of a revolution in legal thought?*, *Legal Studies*, vol. 30, issue 4, p. 513.

¹⁶³ J.-J. Powell, op. cit., ii, p. 229 : « it is the consent of parties alone, that fixes the just price of any thing, without reference to the nature of things themselves, or to their intrinsic value ». Powell cite ici *Keen v. Stukkeley*, qu'il présente comme une illustration du fait que les juges d'*Equity* admettent toute liberté dans la fixation du prix.

¹⁶⁴ J.-J. Powel, op. cit., ii, 77 : "inadequacy of price alone is not, when all parties are informed respecting that about which they are contracting, a sufficient ground for a court of equity to refuse to give its sanction to a contract, unless the consideration be inadequate in a degree that will warrant the court to conclude fraud from the internal evidence the transaction itself furnishes ».

¹⁶⁵ Cf. W. Swain, art. précit., qui souligne également que l'idée que le XIX^e s. est le siècle d'une véritable révolution doctrinale « is open to challenge » et que les évolutions opérées au XIX^e s. « were deeply rooted in the eighteenth century and even earlier ».

¹⁶⁶ Fr. Pollock, *Principles* (éd. 1921), p. 187.

¹⁶⁷ Par exemple, celui qui emploie les services d'un autre sans avoir indiqué le montant des salaires dans le contrat doit savoir qu'il devra payer ce que ces services valent raisonnablement, comme le précisait déjà Blackstone (ii, xxx, ix : « The third species of considerations is, *facio, ut des*: when a man agrees to perform any thing for a price, either specifically mentioned, or left to the determination of the law to set a value on it. As when a servant hires himself to his master, for certain wages or an agreed sum of money: here the servant contracts to do his master's service, in order to earn that specific sum. Otherwise, if he be hired generally; for then he is under an implied contract to perform this service for what it shall be reasonably worth »). Dans le contrat de vente de marchandises, il est sous-entendu, lorsque le contrat ne fixe pas lui-même le prix, que l'acheteur doit payer leur valeur raisonnable. La règle a été posée dans *Acebal v. Levy* (1834, 131 E.R. 949) pour les *executed contracts* d'abord, puis dans *Hoadly v. McLaine* pour les *executory contracts* ensuite. Ce standard aurait pu être mobilisé par nos auteurs comme un moyen d'assurer l'équilibre contractuel, dans la mesure où, comme l'a montré N. Mac Cormick (« Reasonableness and objectivity », *Notre Dame L. Rev.*, Vol. 74:5, 1998-1999, p. 1576), demander au juge de prendre

A. Smith entre le prix naturel de la chose (qui correspond, *mutatis mutandis*, aux coûts de production, y compris le capital nécessaire à la fabrication) et le prix du marché, objectivement déterminé par la loi de l'offre et de la demande. Et quand certains juristes parlent du prix du marché, c'est pour dire qu'il ne permet pas nécessairement de fixer le prix raisonnable de la chose, sans doute parce qu'ils constatent que la loi de l'offre et de la demande n'est pas le seul mécanisme à l'œuvre sur un marché¹⁶⁸.

Une telle conception conduit nos auteurs à rester sourds aux critiques adressées outre-Atlantique aux arrêts (notamment *Paradine v. Jane*) relatifs à l'impossibilité d'exécuter. Dès 1833 en effet, dans le *American Jurist and Law Magazine*¹⁶⁹, une voix se faisait entendre pour dire combien une telle jurisprudence était sévère et absurde : par ces arrêts qui ordonnent l'exécution même lorsque la prestation est devenue impossible, les cours n'ajoutent-elles pas au contrat ? Ne lisent-elles pas abusivement dans le contrat la disposition qu'il doit être exécuté *at all events* ? De la même manière, nos auteurs restent sourds également, alors qu'ils citent parfois des arrêts américains, à la jurisprudence de la Cour suprême de Pensylvanie (*Pollard v. Schaffer*, 1787¹⁷⁰), qui renverse la règle édictée dans *Paradine* et voit dans l'impossibilité d'exécuter survenant après la conclusion du contrat une cause de *discharge*. Cela étant dit, cette vision d'un individu caractérisé par son aptitude à faire des choix toujours libres et éclairés grâce à une capacité naturelle à tout savoir et à tout prévoir cède parfois devant la prise de conscience qu'il peut exister des « facteurs de perturbation de l'échange »¹⁷¹, et que, quand ces facteurs sont présents, il n'est plus possible de soutenir que le bargain a été authentiquement libre et négocié. La réponse tient alors dans la mise en œuvre de mécanismes correcteurs qui mettent en jeu la question du consentement et qui peuvent prendre la forme de standards.

pour critère le raisonnable, c'est lui confier une mission d'évaluation et non pas de simple description.

¹⁶⁸ À propos par exemple de la vente, J.-P. Benjamin (*A Treatise of the Sale of Personal Property*, Londres, 1873, p. 69) refuse ainsi d'assimiler le prix raisonnable au prix du marché, au motif qu'il se peut que, au jour où la marchandise a été vendue ou embarquée, le prix du marché ait été déterminé par des circonstances accidentelles.

¹⁶⁹ 10 *American Jurist* 250. L'article est publié avec, en introduction, la question suivante : "If the complete performance of a contract to deliver goods is prevented by an act of the government, and the defendant refuses to accept the residue of the goods after the time stipulated has past — can the plaintiff sue for and recover for the part he had delivered, as if the contract were rescinded ?". Pour l'auteur, parlant de *Paradine v. Jane* : "the doctrine that it lays down is in direct opposition to common sense and common justice... For the accidents of life are so various, that it is impossible to foresee them all, and to require of a contracting party that he should foresee and provide for them, is to require an impossibility, and yet it is said that *lex neminem cogitat impossibilia*. It appears to me that however positively a man may undertake to perform an act, it ought to be understood to be under the exception of all legal excuses ; and although courts may shelter themselves under the very correct principle that they are only to expound, not to make contracts, I say that they make contracts by means of this doctrine ; that what they miscall a strict is in fact an enlarged construction ; for to a covenant to deliver goods, or carry a ship to such a place or at such a time, simply so expressed, they add the words at all events, which never were or could be within the intention of the parties".

¹⁷⁰ 1 *Dallas* 210. Sur cette affaire, cf. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 70, No. 3 (Mar., 1922), p. 208 (en ligne).

¹⁷¹ Selon l'expression de G. Smorto, art. précit., p. 592.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

1. Sources

Cases Relating to Railways and Canals: 1842-1846, London, 1848, vol. IV

Reports of Cases in Equity argued and decreed in the Courts of Chancery and Exchequer; chiefly in the reign of King George I. To which are added some select cases in Equity heard and determined in the Court of Exchequer in Ireland, etc., by Sir G. Gilbert. MS. Notes, London, 1734

W. Anson, Principles of the English Law of Contrats, Oxford, 1879

J. Austin, Lectures on Jurisprudence, 1888

J.-P. Benjamin, Treatise of the Sale of Personal Property, London, 1873

W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England, 1766

J. Chitty, A practical Treatise on the Law of Contracts, 1839

L. Josserand, Le contrat dirigé, Dalloz Hebdomadaire 1933, chr., p. 89

S.-M. Leak, The Elements of the Law of Contracts, London, 1867

Ch. Marshall, Reports of Cases Argued and Determined in the Court of Common Pleas, London,

1815, vol. I

Fr. Pollock, Principles of Contract at Law and in Equity, London, 1876

Fr. Pollock, Principles..., 2nd ed., 1878

Fr. Pollock, Essays in Jurisprudence and Ethics, London, 1882

B.B. Sugden, A practical Treatise of the Law of Vendors and Purchasers of Estates, London, 1805

2. Bibliography

P.-S. Atiyah, The rise and fall of freedom of contract, Oxford (1979) 2003

P.S. Atiyah, Essays on Contracts, Oxford, 1986

A.-L. Corbin, Recent Developments in Contracts, Harvard Law Review, vol. 50, n° 3 (1937), 449-475

D. Deroussin, La bonne foi contractuelle (droit romain-XIX^e s.), in : Traditions savantes et codifications, Paris, LGDJ, 2007, 83-139

L.-L. Fuller, Consideration and Form, 41 Colum. L. Rav. 799 (1941), 799-824

- J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 1993
- D. Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford University Press (1999) 2006
- D. Kennedy, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought* (1975) 2006
- N. Mac Cormick, *Reasonableness and objectivity*, *Notre Dame L. Rev.*, Vol. 74:5 (1998-1999), 1575-1603
- P. Macdonald Eggers, *Vitiating of contractual consent*, 2017
- Ed. Polubinski Jr., *The Peppercorn Theory and the Restatement of Contracts*, *William & Mary Law Review*, vol. 10, issue 1 (1968), 201-211
- A.W.B. Simpson, "Innovation in Nineteenth Century Contract Law", *91 Law Quarterly Review* (1975), 247-278
- A.W. B. Simpson, *The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature*, *The University of Chicago Law Review*, vol. 48, n° 3 (1981), 632-679
- G. Smorto, *La justice contractuelle*, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 60, n° 3, 2008, 583-602
- W. Swain, *The classical model of contract: the product of a revolution in legal thought ?*, *Legal Studies*, 30 (4), 513-532
- G. Tusseau, *Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle'*, *RFDA* 2009, 641-656