

## Une perspective de droit comparé

Camille Jauffret Spinosi



Volume 30, numéro 3, 1989

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042969ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042969ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Spinosi, C. J. (1989). Une perspective de droit comparé. *Les Cahiers de droit*, 30(3), 657–672. <https://doi.org/10.7202/042969ar>

Résumé de l'article

L'idée d'énoncer le droit dans un code constitue un projet ambitieux. L'évolution du temps a démontré les insuffisances du code actuel et le rôle fondamental joué par la jurisprudence. Avant d'aller plus loin dans le processus législatif, il faut se poser certaines questions indispensables. Faut-il toujours codifier dans le secteur des obligations et, si oui, que faut-il codifier ? Le législateur ne peut prétendre poser des règles précises en toutes matières, particulièrement dans le domaine des contrats où la volonté des parties doit s'exprimer.

Par une démarche comparatiste, on aborde d'une part les avantages et inconvénients de la codification elle-même; d'autre part on s'interroge sur le prix à payer pour la sauvegarde de la liberté contractuelle

## La réforme du droit des obligations

### Une perspective de droit comparé

---

Camille JAUFFRET SPINOSI \*

*L'idée d'énoncer le droit dans un code constitue un projet ambitieux. L'évolution du temps a démontré les insuffisances du code actuel et le rôle fondamental joué par la jurisprudence. Avant d'aller plus loin dans le processus législatif, il faut se poser certaines questions indispensables. Faut-il toujours codifier dans le secteur des obligations et, si oui, que faut-il codifier ? Le législateur ne peut prétendre poser des règles précises en toutes matières, particulièrement dans le domaine des contrats où la volonté des parties doit s'exprimer.*

*Par une démarche comparatiste, on aborde d'une part les avantages et inconvénients de la codification elle-même ; d'autre part on s'interroge sur le prix à payer pour la sauvegarde de la liberté contractuelle.*

---

*The idea of expressing law in the form of a code is an ambitious project. The passage of time has demonstrated the insufficiencies of the present Code and the basic part played by case-law. Before going further with the legislative process, certain basic questions must be raised. Is it still appropriate to codify in the area of obligations and, if so, what must be codified? The legislator cannot lay down specific rules in all areas, especially in the field of contracts where the will of the parties must be expressed. By using a comparative approach, the author addresses the advantages and disadvantages of codification as such and raises the question of the price to be paid for maintaining contractual freedom.*

---

---

\* Professeure à l'Université René-Descartes, Paris.

<b>1. La codification</b> .....	659
<b>2. La liberté contractuelle</b> .....	663
2.1. La liberté de s'engager .....	664
2.2. Le prix dans la vente .....	666
2.3. La clause pénale .....	669
<b>Conclusion</b> .....	671

---

Comme comparatiste étranger l'on ne peut qu'exprimer son admiration pour l'Avant-projet québécois de code des obligations. C'est un immense travail, qui a exigé des années de réflexion à un ensemble de juristes hautement qualifiés. De plus c'est un second projet le premier ayant présenté lui aussi de grandes qualités.

Nous nous garderons bien de porter une appréciation sur ce travail. Certes l'on dit bien que nul n'est prophète en son pays, mais le doyen Carbonnier, rappelant avec ironie le mérite du comparatiste, a intitulé l'un de ses articles sur le droit comparé : « A beau mentir qui vient de loin ». Aussi nous ne voulons être ni faux prophète ni beau menteur en vous expliquant qu'ailleurs, de l'autre côté de la frontière, l'herbe est plus verte que chez vous. Nous voudrions seulement vous faire part de quelques réflexions générales, rappeler quelques idées simples mais fondamentales, qui ne proposent rien de nouveau, mais qui tendent seulement à ne pas oublier l'indispensable.

Tout d'abord vous réformez un code, ou plutôt vous rédigez un nouveau code, et cela déjà demande réflexion. Faut-il de nos jours encore codifier, et que faut-il codifier ? Dans ce domaine du droit des obligations et du droit des contrats, qui dans les systèmes occidentaux est un droit de liberté, faut-il défendre cette liberté ou faut-il au contraire, faisant de plus en plus place à l'interventionnisme de l'État, la limiter au nom de certains intérêts particuliers ou généraux considérés comme supérieurs ?

Codifier mais comment ? Sauvegarder la liberté dans le droit des obligations ou la restreindre ? Ce sont les deux pôles de notre réflexion. Ils ont dû servir d'axe à cet immense travail de réforme que vous avez entrepris. Il nous semble que, de cette forme, qu'est la codification, et de ce contenu de liberté qui est l'essence du droit des obligations et des contrats, dépend l'avenir du futur droit québécois des obligations.

## 1. La codification

La codification, n'est pas, loin de là, une technique tombée en désuétude, qui commencée par les codes napoléoniens aurait perdu de son intérêt au XX<sup>e</sup> siècle ; en effet, une quarantaine de codes ont vu le jour depuis la dernière guerre mondiale. Et si l'on a une conception large de la notion de codification, cette forme d'exposé du droit tend à pénétrer même des pays dont la tradition était opposée à toute codification : les pays de common law.

Il est intéressant de noter que beaucoup de pays qui par tradition avaient des codes, les conservent en les réformant, c'est le cas de la France, de la Louisiane, des Pays-Bas, du Québec, et de remarquer que l'acte du Parlement anglais de 1965, portant création des *Law Commissions* a envisagé, pour la réforme et la modernisation du droit anglais, toutes techniques, dont la codification, et que les États-Unis, par des procédés évidemment fort différents et par des sources privées, élaborent des techniques de regroupement de textes ou de réexposé du droit, qui si elles sont fort éloignées des codifications des pays romanistes, s'en rapprochent néanmoins quelque peu, en ce sens qu'il s'agit de règles d'ensemble régissant une matière.

Dans cet exposé nous nous limiterons à la réforme du droit par la codification. Car c'est là votre problème, comme c'est aussi encore le problème du droit français. Il faut reconnaître que l'idée d'énoncer de nos jours le droit dans un code est un projet ambitieux, qui peut conduire à un excès d'orgueil. Cet excès s'est manifesté à l'égard du Code français de 1804, aussi à l'égard du Code civil allemand de 1900 (BGB). Les juristes français ont longtemps voulu rechercher dans le Code la réponse à toutes les questions ; il n'était pas envisagé que la société civile pouvait être différente de celle que la loi en donnait. Or l'évolution du temps a démontré les insuffisances du code et le rôle fondamental joué par la jurisprudence. Aujourd'hui, le législateur s'est rendu compte que les comportements sociaux ne sont pas, ne peuvent pas tous être régis par le droit.

Le législateur contemporain doit avoir une certaine humilité. Il faut savoir que l'on ne peut prétendre poser des règles précises en toutes matières, particulièrement dans le domaine des contrats où la volonté des parties doit s'exprimer. Il faut savoir renvoyer aux usages, à la pratique, ou au juge.

Une réforme du code doit tenir compte des inconvénients de l'ancien code démontrés par l'écoulement du temps. Il ne peut être question d'avoir à la fin du XX<sup>e</sup> siècle la même approche de la codification que celle des siècles ou même des décennies passées. Le droit change, évolue très rapidement. De nouveaux problèmes apparaissent qui peuvent devenir très importants. Or les codes anciens par exemple, s'attachaient plus aux principes généraux qu'à la réglementation de situations concrètes. Le droit était savant, les réalités

quotidiennes étaient volontairement négligées en raison de la hauteur retenue par le législateur. De même encore, l'idée du caractère intemporel des règles posées, de leur vocation à l'éternité ne peut plus avoir cours. La phrase de d'Aguesseau selon laquelle « [i]l n'est point de codes qui ne renferment le voeu de la perpétuité » est bien révolue.

Il est certain que de nos jours les règles contenues dans un code doivent tenir compte des réalités, ce qui ne peut être si les règles sont ordonnées en fonction d'une logique ou d'une morale abstraite. Un code contemporain ne doit pas ignorer la diversité sociale : une certaine souplesse semble devoir être retenue dans l'organisation du régime civil.

Enfin, et c'est l'un des problèmes les plus difficiles, un code ne peut pas tout réglementer. Le législateur doit connaître les limites de son champ d'action. On assiste en effet, dans les différents pays, à une prolifération des règles de droit et ceci dans toutes les matières. Si les domaines du droit des affaires, du droit du travail et du droit administratif sont sans doute ceux où l'inflation législative et réglementaire est la plus importante, un grand nombre de textes affectent aussi le contenu traditionnel du droit civil. Et l'on ne peut nier que cette abondance de règles recelle souvent des incohérences. Devant cette prolifération de textes, cette production éparsée de nouvelles règles de droit, la difficulté de réaliser une œuvre de synthèse est évidente. Cependant la codification constitue le moyen éprouvé de remédier à une certaine confusion.

Or lorsqu'il s'agit de réformer le droit en sauvegardant la structure d'un code, on ne peut ignorer toutes les règles légales ou jurisprudentielles qui jusqu'à la réforme forment le droit positif. Certaines de ces règles sont insérées dans le code à réformer, mais une grande partie se retrouve à l'extérieur.

De plus dans certains pays l'autorité d'un code civil peut paraître dépassée par l'autorité de la Constitution. C'est à la Constitution qu'il appartient d'énoncer de nouveaux principes généraux du droit et de garantir l'uniformité des règles. Mais cela ne peut être un obstacle à la nouvelle rédaction d'un code civil qui devra seulement traduire en règles applicables les déclarations des textes constitutionnels.

Mais un choix doit être fait. Que faut-il intégrer dans le nouveau code, en sachant évidemment que toutes les lois nouvelles ne pourront jamais y être inscrites, car une œuvre de synthèse, une œuvre de rationalisation ne peut être un regroupement exhaustif de textes. Seules certaines dispositions doivent figurer dans un code, car même si en principe la valeur d'une règle de droit est toujours la même, il semble que la règle codifiée ait plus de prestige et plus de force.

Mais le choix de ce qui sera codifié est d'importance. En effet l'absence de codification d'un domaine, par une sorte d'appel du vide, semble entraîner avec elle une recrudescence de réglementations. Et l'accumulation épars de textes entraîne inévitablement un manque de sécurité des solutions, ce qui conduit à une connaissance difficile de la règle de droit et donc de son application. Le droit américain illustre bien cette difficulté et ses retombées judiciaires. Or, l'inflation des procès et l'énoncé de nouvelles solutions accroissent d'autant plus la difficulté de la connaissance de la règle de droit. Il faut donc choisir de codifier les matières où la sécurité des solutions est la plus recherchée.

Il faut en outre, nous semble-t-il, avoir présent à l'esprit que l'abondance de textes, hors de toute synthèse, entraîne des particularismes et des revendications de statuts autonomes, conduisant souvent à l'éclatement du droit commun. Il est fréquent que des dispositions dérogatoires soient prises pour réglementer un problème spécifique, alors que l'application du droit commun aurait parfaitement suffi à donner la solution recherchée. De l'ensemble des lois spéciales il ne peut apparaître un nouveau droit commun, mais seulement un recul de ce droit commun, ce qui est préjudiciable. Or, contrairement à ce qu'on put en penser certains, le maintien de la suprématie des règles insérées dans un code au nom du droit commun sur des lois spéciales ultérieures, ne conduit pas, loin de là, à un certain conservatisme et à une défense de solutions dépassées. La difficulté provient de l'insécurité résultant de la difficulté d'harmoniser entre eux différents textes qui touchent au même sujet mais qui ne coïncident pas et qui même parfois s'opposent. Il n'y a plus alors de droit commun, mais peut-être plusieurs droits communs. Le droit de la vente nous paraît un assez bon exemple, encore qu'il nous semble qu'il y ait de nos jours, toujours un droit commun de la vente ; mais il y a un statut particulier de la vente des immeubles à construire, il y a une réglementation précise et spécifique pour la vente au consommateur, y a-t-il un statut particulier de la vente entre professionnels ? Certaines règles légales et jurisprudentielles le laisseraient penser. L'atomisation du droit de la vente, engendre des conflits d'application de règles correspondant à des esprits différents qui ne laissent pas de rendre la tâche du praticien et du juriste bien ardue. Selon l'expression du professeur A. Tunc, un code doit énoncer des principes assez généraux et non pas des règles trop détaillées, il doit former un ensemble logique, il faudrait donc que la codification ne présente pas un caractère catégoriel ni temporaire.

Il ne faudrait pas codifier les domaines en proie à une évolution rapide, car toute modification d'un code est plus difficile que le simple changement de dispositions légales extérieures. Le droit de la consommation nous paraît un bon exemple de ce qui doit ou ne doit pas être codifié. L'Avant-projet

québécois prévoit dans son titre III (donc à égalité avec la théorie générale des obligations (Titre I) et les contrats nommés (Titre II) « Des règles particulières au contrat de consommation ». Faut-il ou non intégrer ce nouveau droit de la consommation, éclos récemment dans presque tous les pays occidentaux, dans une œuvre codificatrice ? Nous nous garderons bien d'apporter une réponse négative ou positive. Simplement il y a là un problème qui nous paraît un bon exemple de la difficulté de choisir ce qu'il faut codifier.

D'une part, il est certain que nos systèmes ont commencé à élaborer des règles spécifiques protectrices de ce nouveau sujet de droit qu'est le consommateur, mais ces règles ne sont certainement pas encore achevées. Il s'agit là d'un droit catégoriel ; le consommateur n'est plus un simple acheteur, et n'y a-t-il pas un caractère temporaire dans ces règles ? Elles se veulent protectrices du non-initié, du faible, du naïf qui signe sans savoir, qui croit ce que dit la publicité, qui est abusé parce qu'il ne peut toujours comprendre (bien que parfois il ait parfaitement compris). Mais ce consommateur un peu benêt, il faut bien le dire, objet de soins attentifs de nos différents législateurs, ne changera-t-il pas ? Devra-t-il être encore plus protégé ou moins protégé selon l'appréciation optimiste ou pessimiste que l'on peut avoir de l'évolution de la population ?

De même la réglementation des baux, peut ou non trouver sa place dans un code. Le droit français est peut-être (et nous le souhaitons) un droit particulier, mais nous avons trois catégories de baux spécifiques : les baux commerciaux, les baux ruraux et les baux à usage d'habitation. Cette dernière catégorie de baux fait l'objet de réglementation continue. Depuis une dizaine d'années, une loi est à peine publiée (réformant de manière assez générale le système), les juges ont à peine commencé à rendre leurs premières décisions interprétant les dispositions légales, la plupart du temps (volontairement ou involontairement) sibyllines, qu'une nouvelle loi, réformant à nouveau la matière, est votée. Loi Quillot, ou Loi Mehenerie, toutes actuellement modifiées, se sont succédées pour semble-t-il seulement laisser dans la mémoire des praticiens le nom de leurs ministres. Ce domaine des baux à usage d'habitation est évidemment un domaine où la politique sociale tient une grande place. Il faut défendre le locataire et donc bloquer les loyers, établir un maintien dans les lieux, imposer une longue durée de bail. Immédiatement, les propriétaires réagissent en ne louant plus leurs immeubles. Le prix des loyers des quelques appartements libres flambe, les immeubles qui ne rapportent plus ne sont pas entretenus et se dégradent, les sociétés de construction débauchent ce qui accroît le chômage et l'on change de politique : plus de liberté est reconnue aux propriétaires, mais alors les loyers augmentent, et le législateur intervient à nouveau. C'est une course, une poursuite entre la protection des locataires et le libre exercice du droit de propriété. Heureusement

pour notre Code, la législation sur les baux (les trois catégories de baux) n'y est pas intégrée. Toutes les règles particulières en matière de louage sont en dehors des codifications : matière trop mouvante, trop concernée par des aspects politiques et sociaux, donc trop souvent sujette à changement. Les réformes en sont facilitées ; cette branche du droit est trop instable (en tout cas en France) pour mériter d'être codifiée.

Que codifier ? La solution n'est pas simple et de toute façon aucune réponse n'est totalement satisfaisante ; c'est une question de choix et toute solution retenue présente des avantages et des inconvénients, et ce n'est que le temps qui permet de savoir si les avantages surpassent ou non les inconvénients.

Le sujet à codifier pourrait aussi peut-être avoir une influence sur la méthode à utiliser pour la codification. Le domaine du droit des obligations présente-t-il, par rapport à d'autres secteurs, comme le droit de la famille par exemple, des caractères qui devraient avoir une influence sur sa codification ? Il ne le semble pas, mais en revanche il est certain que les obligations et les contrats sont encore dans le droit, l'un des domaines où l'individualisme et la liberté doivent le plus s'exercer. La défense d'un principe de liberté semble devoir être l'objet d'un deuxième acte de réflexion pour l'étude de l'Avant-projet québécois sur les obligations.

## **2. La liberté contractuelle**

Le principe de la liberté contractuelle, même s'il est toujours affirmé dans les pays occidentaux, connaît de plus en plus d'atteintes. L'abandon d'une vision individualiste de la société et l'approche d'une conception sociale des relations juridiques ont entraîné un grand nombre de limitations à l'autonomie de la volonté des contractants. L'idée de la toute-puissance de la liberté contractuelle (comme de celle du droit de propriété) a disparu. Au nom d'intérêts collectifs, de l'intérêt général ou simplement de la défense de certains intérêts catégoriels, le législateur intervient pour apporter des limites à cette liberté. En réformant un domaine aussi important que celui des obligations, le législateur doit s'efforcer de préserver, dans des limites qu'il doit fixer, et qu'il doit fixer clairement, le principe de l'autonomie de la volonté.

Nous choisirons trois domaines qui nous semblent pouvoir illustrer ce problème. Le premier touche à la liberté de s'engager, et les deux autres à la liberté contractuelle dans le contenu du contrat.



## 2.1. La liberté de s'engager

Il semble intéressant de nos jours d'envisager, voire même de réglementer, le problème des relations précontractuelles. S'il a existé un temps où les contrats pouvaient se conclure sans préparation préalable, si l'acceptation de l'offre pouvait se faire sans grande discussion, et si ce temps existe sans doute encore pour divers contrats, il est certain qu'à notre époque, en raison de la complexité des affaires et de l'ingérence administrative, les contrats les plus importants économiquement sont le plus souvent précédés de laborieuses et longues négociations.

Parfois la formation successive du contrat est imposée, car l'acte est soumis à un certain nombre de formalités qui ne peuvent pas être effectuées en même temps. Souvent, l'administration devra donner une autorisation qui devra se superposer à l'expression de la volonté des parties. Parfois la formation successive est seulement volontaire, les parties établissant un dialogue et les contrats ne pouvant être conclus qu'à la fin des questions et des réponses, ou plutôt qu'à l'aboutissement des offres, contre-offres, nouvelles propositions et contre-propositions.

Or les législateurs sont peu intervenus pour réglementer ces échanges. Dès lors, dans les différents pays diverses techniques ont dû être mises en œuvre, qui ne sont pas toujours satisfaisantes en raison de leur incertitude. Il y a là un vide juridique. Ne doit-il pas être comblé dans une codification moderne qui entend réglementer les problèmes nouvellement apparus ? Il semble que dans la formation du contrat, ce problème des relations précontractuelles, de l'avant-contrat, des pourparlers, ou de la « punctuation » (pour adopter la terminologie allemande) soit des plus actuel. Il est certain qu'étant donnée la diversité des comportements précédant la conclusion d'un contrat, une grande hétérogénéité se retrouve dans les solutions juridiques qui peuvent être proposées. C'est justement cette diversité qui peut être gênante. Or en l'absence de texte réglementant ces pourparlers, il doit être fait application aux partenaires de la liberté contractuelle.

L'attitude des pays est variée. Le législateur français n'est absolument pas intervenu, seule la responsabilité délictuelle fondée sur l'article 1382 du *Code Civil* peut être recherchée. En effet il n'y a pas encore de contrat. Mais une faute délictuelle peut être retenue à l'encontre par exemple de celui qui a fait traîner les négociations alors qu'il savait pertinemment qu'il ne conclurait pas de contrat.

Le législateur allemand, dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, au moment de la rédaction du BGB avait envisagé le problème de la « punctuation ». Le paragraphe 154 du BGB dispose : « Tant que les parties ne sont pas tombées d'accord sur tous les points du contrat, qui ne fut-ce que d'après la déclaration de l'une

seulement d'entre elles, devaient être l'objet de la convention, le contrat, dans le doute n'est pas conclu. L'entente des parties sur quelques points particuliers ne suffit pas à les lier, même lorsqu'elle a été suivie d'un projet rédigé par écrit. On a pu s'étonner devant le respect ainsi démontré par le BGB pour le principe de l'autonomie de la volonté de la part d'un Code que l'on présente généralement comme protecteur des apparences nées de la déclaration de volonté.

Le Code suisse des obligations, dans son article 2 affirme en revanche la force obligatoire de la « punctuation » : « Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, elles sont présumées avoir entendu s'obliger définitivement, encore qu'elles aient réservé certains points secondaires. À défaut d'accord sur ces points secondaires le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire ». Le juge va donc intervenir pour compléter le contenu du contrat.

Le Code civil autrichien, contient une disposition assez proche : « Si le document formel n'a pas encore été rédigé, mais si les points principaux ont déjà fait l'objet d'une rédaction signée par les parties (« punctuation ») ce texte fonde déjà les droits et obligations à l'égard de ce qui y a été exprimé ».

Le Code civil italien, envisageant aussi ce problème des discussions précontractuelles, prévoit une obligation de discussion de bonne foi. C'est une disposition plus générale que celle retenue par les législateurs suisse et autrichien, qui n'ont visé que la « punctuation », c'est-à-dire l'existence d'un écrit fixant les points de négociation sur lesquels il y a eu accord. Selon l'article 1337 du Code civil italien « Négociation et responsabilité précontractuelle : Les parties dans le développement des négociations et dans la formation du contrat devront se comporter de bonne foi ». La notion de bonne foi revient encore à différentes reprises dans le Code italien. La jurisprudence italienne est divisée sur le point de savoir si cette responsabilité est contractuelle ou délictuelle. Pour la jurisprudence la responsabilité est délictuelle.

Dans les pays de common law, l'absence de « considération » durant les négociations interdit de pouvoir envisager l'existence de relations juridiques précontractuelles. En Angleterre seule la notion de « restitution », s'il y a eu enrichissement sans cause, peut être invoquée. Conscients des problèmes et des risques de dommages que peut subir l'une des parties qui a pu agir sur la foi des propositions faites par l'autre partie, les juristes américains ont fait application du « promissory estoppel », ou de la notion de « reliance ».

L'article 90 du *Restatement* sur les contrats dispose : « Quand le promettant aurait dû rationnellement s'attendre à ce que sa promesse conduise le destinataire, à une action ou une abstention d'un caractère déterminé et important, et quand en fait la promesse a conduit à un tel résultat, la promesse

engage si une injustice peut seulement être évitée en rendant exécutoire la promesse ».

Il nous semble que l'Avant-projet québécois de codification est discret en ce domaine des relations contractuelles, aussi discret que le Code français, qui est souvent critiqué. Certes il pourra être fait état du dernier article des dispositions générales (article 1420) selon lequel « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation, qu'à celui de son exécution ou de son extinction ». L'interprétation de la notion de « naissance de l'obligation » peut couvrir les relations précontractuelles, mais cela pourrait aussi être dénié. La rédaction du Code civil italien est plus claire. Le droit comparé n'apporte pas de solution à ce problème délicat des relations précontractuelles. Et nous nous en sommes tenu aux textes de la Loi, or la jurisprudence a su se montrer plus imaginative et plus présente. Mais il démontre à l'évidence, étant donné la diversité des solutions, que ce problème existe et qu'il demande que l'on s'y intéresse.

Faut-il donc à ce stade prôner la toute-puissance de la liberté contractuelle, faut-il au contraire protéger l'une des parties contre les agissements trompeurs de l'autre ? La réponse est difficile mais la question doit être posée.

Dépassant la formation du contrat, la liberté contractuelle doit-elle aussi être limitée dans le contenu du contrat ? Nous prendrons deux exemples : le prix dans la vente et la clause pénale.

## 2.2. Le prix dans la vente

Aux termes de l'article 1591 du *Code Civil* français : « Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ». Cette disposition en 1804 ne posait pas de problème. Le prix est un élément déterminant pour l'acheteur comme pour le vendeur de la conclusion du contrat. Selon Portalis : « L'incertitude sur le prix ferait naître une incertitude sur le consentement même ». Mais l'évolution économique a conduit à la rédaction de contrats dans lesquels le prix, en raison du produit vendu et de la durée du contrat, ne pouvait être expressément chiffré. La jurisprudence française a dû intervenir pour interpréter les clauses relatives au prix et la jurisprudence sur les contrats de bière ou les contrats des pompistes est célèbre. La Cour de cassation a, à partir de 1970, annulé un grand nombre de contrats dans lesquels le prix devait être « celui en vigueur au jour de la livraison », estimant que le prix n'était pas déterminé ni déterminable et donc laissé à la détermination du vendeur. Pour annuler ces contrats conclus entre les compagnies pétrolières et les pompistes distributeurs de leur marque ou entre les brasseries et les débitants de bière, la Cour de cassation s'est d'abord fondée, sur le texte de l'article 1591.

Les compagnies pétrolières et les brasseries ont alors tenté de se placer sur un autre terrain. Elles ont qualifié les contrats, de contrats de fourniture et d'assistance (et non plus de contrats de vente). En effet dans ces contrats les fournisseurs, outre la vente du produit, s'engageaient à effectuer un ensemble de services (tels que l'octroi de prêts pour l'installation) en faveur de l'acheteur du produit. Mais la Cour de cassation, tout en qualifiant les contrats, de contrats de fourniture et d'assistance a néanmoins annulé de tels contrats en se fondant sur l'article 1129 du *Code Civil* qui, tiré du droit commun des obligations et relatif à l'objet : « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce ». Et la jurisprudence a envisagé le mot « chose » dans un sens général, s'appliquant donc aux obligations de payer une somme d'argent et par la suite à l'obligation de payer le prix.

Cette jurisprudence très célèbre est critiquée par la doctrine car en pratique ces contrats de distribution sont très utiles, mais sur le plan juridique, l'application des articles 1591 ou 1129 semble difficilement discutable. Les textes du *Code Civil* français sont donc aujourd'hui contraignants pour la pratique. Le droit français est donc gêné par les textes du Code. La Cour de cassation commence à être consciente des difficultés ainsi posées (qu'elle a contribué à créer) et tente aujourd'hui de « sauver » certains contrats. Elle l'a fait dans un *arrêt du 9 novembre 1987* (B. IV, n° 237, p. 177) et tout récemment dans un *arrêt du 28 juin 1988* (B. I, n° 212, p. 148). Mais elle ne peut le faire que quand les circonstances de fait s'y prêtent. La Cour de cassation essaye d'assouplir un droit devenu trop rigide, préjudiciable économiquement, qui nuit à la conclusion de certains contrats à long terme.

Le droit français est beaucoup moins souple que tous les autres pays de la Communauté économique européenne et que les États-Unis. Le droit italien est sans doute le plus libéral. Un contrat de vente en Italie ne devrait pas pouvoir être annulé pour indétermination du prix. Le Code civil italien, après avoir envisagé certains cas spécifiques, prévoit, dans son article 1474, que « si les parties n'ont pas déterminé de prix, et si elles ne se sont même pas référées à un juste prix, celui-ci sera déterminé par un tiers choisi par les parties, si elles s'accordent pour en désigner un, ou choisi par le président du tribunal du lieu où a été signé le contrat ». Le juge ne reçoit pas le pouvoir de fixer lui-même le prix de vente mais par son intervention toujours possible, à la demande de l'une des parties, un prix sera obligatoirement déterminé par un tiers. Un prix sera donc toujours trouvé. Le législateur italien a donc décidé qu'un contrat ne sera jamais nul pour indétermination du prix. C'est une disposition favorable économiquement.

Le droit anglais est lui aussi beaucoup plus souple que le droit français. Tout en reconnaissant le principe de l'autonomie de la volonté, la jurisprudence

anglaise a voulu atteindre une certaine efficacité commerciale. Le *Sale of Goods Act* de 1893 (consolidé en 1979) a codifié plusieurs clauses implicites (*implied terms*) relatives au prix, qui tendent à trouver un prix implicitement contenu dans le contrat, ou à fixer un prix raisonnable. Les juges anglais n'hésitent pas à intervenir activement dans l'interprétation du contrat, leur attitude s'oppose donc à l'attitude traditionnellement prudente des juges français, très réticents devant toute interventionnisme juridictionnel.

Le droit américain est aussi allé très loin pour assurer la meilleure efficacité économique du contrat de vente. Il permet de « sauver » presque tous les contrats dont le prix n'est pas déterminé. L'article 2 du UCC qui régleme le droit de la vente s'est voulu très réaliste et les dispositions de l'article 2-204 relatif au prix doivent permettre en toute situation de trouver un prix qui aura l'accord des parties ou qui sera le prix raisonnable. L'indétermination du prix ne doit pas être un obstacle lorsque le juge sera assuré de la volonté des parties de se lier. En Angleterre et aux États-Unis, il y a un consentement ou il n'y en a pas, mais s'il y a bien consentement, un prix sera trouvé. Lord Tomblin dans l'affaire *Hillas v. Arcos*, (1932) All E.R. 494, exprimait bien l'attitude des pays de common law : « Le droit est de façon générale soucieux de conserver leur force aux contrats toutes les fois que c'est possible, il ne veut pas encourir le reproche d'être destructeur des accords qui ont été passés ».

L'article 1782 de l'Avant-projet de Loi québécois est assez original. Il stipule :

Lorsqu'au moment de la vente d'un bien meuble, par un contrat autre qu'un contrat de consommation, le prix n'est pas déterminé, et que le contrat ne permet pas de le déterminer, l'acheteur est tenu de payer le prix généralement exigé dans des circonstances semblables pour un bien de même nature.

Ce texte est original car il ne vise pas tous les contrats de vente, en sont exclus les contrats de vente d'immeubles et les contrats de consommation. L'originalité est néanmoins relative car les règles peuvent en effet être différentes entre les ventes d'immeubles et de meubles (ainsi le droit français ne reçoit la lésion que dans les ventes d'immeubles) et la vente au consommateur présente un assez grand particularisme. D'ailleurs les règles du *Sale of Goods Act* et celles du UCC ne visent que la vente de meubles.

La seconde originalité, et elle est plus grande, consiste dans la méthode choisie pour fixer le prix. On fait appel à un élément extérieur au contrat (puisque le contrat ne permet pas de déterminer le prix) et à l'intervention du juge. Car c'est évidemment le juge qui devra fixer « le prix généralement exigé dans des circonstances semblables pour un bien de même nature ». Il ne semble pas que ce soit là une simple adaptation de la définition des pays de common law pour évaluer « le prix raisonnable ». La tâche du juge canadien

ne sera pas toujours simple, car il devra apprécier si les circonstances sont semblables, et toute comparaison est difficile, et si le bien est de même nature que celui pour lequel il est possible de donner un prix. Il ne sera pas toujours non plus aisé de déterminer le prix, si la nature de la chose dont le prix est à fixer est particulière. Il semble que ce soit le juge qui sera appelé à déterminer le prix, et non pas un expert ainsi que le prévoit le droit italien où le juge ne fait que désigner l'expert qui évaluera le prix.

Le droit comparé fait apparaître relativement à ce problème du prix dans la vente, des dispositions plus rigides, ou plus souples. Celles-ci sont mieux adaptées aux circonstances économiques actuelles, mais il semble que quels que soient les textes, l'objectif est dans presque tous les pays (même la France depuis peu) de « sauver » le plus souvent le contrat en l'absence de détermination du prix. Les textes varient, les techniques peuvent différer mais le but est le même. La stabilité du contrat doit être assurée.

Un deuxième exemple de l'intervention du juge, modifiant cette fois-ci la volonté expressément déclarée des parties, peut être trouvé dans la réglementation de la clause pénale.

### **2.3. La clause pénale**

Les parties peuvent dans un contrat prévoir un forfait de responsabilité. En cas d'inexécution de son obligation, une partie paiera une certaine somme d'argent. Cette clause est ambiguë. Elle peut avoir trois objectifs : éviter un éventuel litige sur le montant du préjudice causé par l'inexécution, le montant de la clause pénale correspond alors au préjudice dont dès la formation du contrat on peut prévoir l'évaluation ; la clause peut aussi avoir pour objet de déterminer forfaitairement le montant d'un préjudice dont une évaluation monétaire serait difficile ; enfin la clause pénale peut avoir un troisième but, c'est vraiment en ce sens qu'on peut la qualifier de « pénale », elle a alors pour but d'inciter la partie à exécuter son obligation sous la menace de dommages-intérêts, qui par leur montant très dissuasif jouent le rôle d'une forme de peine privée.

Les anglais font une distinction selon le but recherché. Si la clause a pour but de pénaliser le contractant qui n'exécute pas, il s'agit d'une « penalty » et elle n'est pas valable. Si en revanche il s'agit d'une simple liquidation anticipée de dommages-intérêts, la clause est reconnue valable. Mais en aucun cas les cours anglaises ne peuvent en réviser le montant. Le droit anglais est respectueux de la volonté exprimée par les parties, qui majeures et consentantes devaient savoir ce qu'elles acceptaient. Comme la clause pénale, en vue de pénaliser la partie qui n'a pas exécuté son obligation n'est pas admise, il n'y a pas normalement de crainte d'abus.

Le droit français et le futur droit québécois (il en est de même du droit allemand) admettent la clause pénale incitatrice à l'exécution. L'article 1226 du *Code Civil* français définit la clause pénale comme étant « celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ».

Le texte de l'Avant-projet québécois (article 1673) démontre aussi clairement l'idée de peine en cas d'inexécution : « La clause pénale est celle par laquelle les parties évaluent par anticipation les dommages-intérêts en stipulant que le débiteur se soumettra à une peine au cas où il n'exécuterait pas son obligation principale ».

Si l'on veut laisser la liberté contractuelle s'exprimer librement on peut, comme le droit anglais, considérer le montant de la clause comme définitif ; la partie qui y est soumise a consenti au contrat, elle devra verser le montant qui y a été prévu. Mais le droit peut se montrer protecteur de celui qui n'a pas exécuté son obligation et qui est en vertu du contrat, débiteur du montant de la clause pénale. C'est le cas du droit français, du droit italien, aussi du droit canadien. Le juge peut changer le montant de « la peine stipulée ». En droit français c'est l'un des rares cas où le juge est autorisé par la loi à modifier la volonté exprimée des parties. Mais le futur droit québécois et le droit français diffèrent.

L'article 1152 du *Code Civil* français, prévoit d'une manière générale que « le juge peut même d'office modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire ». Cette disposition est d'ordre public puisque le texte ajoute : « Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ». Le droit français reconnaît donc un très grand pouvoir d'intervention au juge. Aucune condition n'est prescrite. En cas d'inexécution le juge peut augmenter ou diminuer le montant de la clause pénale, la seule exigence est que le montant soit manifestement excessif ou dérisoire. Pour qualifier l'excès, la jurisprudence admet à la fois une approche subjective et une approche objective, cette dernière devant être préférée. La définition de la clause pénale doit être très précise, car le juge doit savoir s'il se trouve en présence d'une clause pénale qu'il peut modérer ou augmenter ou d'une autre clause pour laquelle il n'a pas le même pouvoir. Le problème s'est posé en France relativement aux clauses prévoyant des dommages-intérêts forfaitaires en cas de retard dans l'exécution. L'article 1226 définit la clause pénale comme celle qui entend assurer « l'exécution d'une convention ». Le Code civil italien, plus précis, définit la clause pénale comme celle sanctionnant l'inexécution mais aussi le retard dans l'exécution. Récemment, en 1986, la Cour de cassation a admis que le juge pouvait modérer les clauses relatives au retard dans l'exécution, élargissant ainsi la notion de clause pénale. Les hésitations jurisprudentielles démontrent l'importance d'une définition précise

de la clause pénale. De nos jours, il semblerait qu'il y ait même une certaine tendance du juge français à vouloir qualifier de clauses pénales les stipulations contractuelles qu'il juge excessives. Or il ne faut pas que le pouvoir exceptionnel reconnu par la loi au juge de modifier le contrat, contre la volonté expressément indiquée des parties, s'étende au-delà du domaine pour lequel le législateur l'a prévu.

Le texte de l'Avant-projet de Loi du Québec est assez proche du texte français. L'article 1675 consacre l'effet de la clause pénale. Il prévoit que « le créancier qui se prévaut de la clause pénale a droit au montant de la peine stipulée sans avoir à prouver le préjudice qu'il a subi, cependant le montant de la peine stipulée peut être réduit [...] si la clause est abusive ». L'Avant-projet québécois comme le droit français et à l'inverse du Code italien, ne prévoit pas expressément les clauses relatives au retard dans l'exécution. Comme le Code italien et inversement au droit français il ne prévoit que la possibilité de réduction et non d'augmentation du montant de la peine. Mais l'Avant-projet québécois prévoyant l'existence de dommages punitifs (connus dans les pays de common law), la condamnation à de tels dommages-intérêts, ignorés du droit français, pourra si les conditions requises sont réunies permettre l'augmentation des dommages-intérêts par une autre voie que celle de la clause pénale.

L'intervention du juge dans l'appréciation du montant de la clause pénale est l'un des rares cas où la loi autorise le juge à modifier les dispositions claires du contrat. Le juge en principe ne peut qu'interpréter les dispositions contractuelles, il ne peut les reconstruire à sa guise. La convention est encore la loi des parties.

## **Conclusion**

Les quelques points relevés ne permettent évidemment pas de mettre en évidence toutes les qualités de l'Avant-projet de Loi québécois. C'est un travail immense, de longue haleine, périlleux dont il ne faut pas attendre la perfection; aucun code n'a jamais été parfait. Les rédacteurs ont voulu construire un code moderne qui tienne compte des problèmes nouveaux du droit, nous pensons aux contrats d'adhésion, si nombreux de nos jours et auxquels l'Avant-projet se réfère, au droit du consommateur, à la protection du locataire. Mais en même temps, l'Avant-projet a su préserver les grands principes du droit des obligations, tout en rejetant les notions qui ont enchanté la doctrine du temps passé, mais dont les discussions sont maintenant révolues. Nous faisons allusion à la notion de cause dont l'Avant-projet, à juste titre, semble avoir voulu se débarrasser.



Continuateur de la pensée et des conceptions du *Code Civil du Bas-Canada*, mais en même temps, novateur, pratique, raisonnable, consacrant les grands principes de la liberté contractuelle et la nécessaire défense des intérêts du plus faible et des intérêts supérieurs, cet Avant-projet, devenu Code, devrait faire du droit québécois l'un des droits de référence pour tous les comparatistes.