

Kent Academic Repository

Full text document (pdf)

Citation for published version

Vignerot, Sophie (2008) Le rejet de la bonne foi en droit anglais. In: Robin-Olivier, S. and Fasquelle, D., eds. Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Bruylant, Bruxelles, pp. 307-331. ISBN 978-2-8027-2541-1.

DOI

Link to record in KAR

<https://kar.kent.ac.uk/2051/>

Document Version

UNSPECIFIED

Copyright & reuse

Content in the Kent Academic Repository is made available for research purposes. Unless otherwise stated all content is protected by copyright and in the absence of an open licence (eg Creative Commons), permissions for further reuse of content should be sought from the publisher, author or other copyright holder.

Versions of research

The version in the Kent Academic Repository may differ from the final published version.

Users are advised to check <http://kar.kent.ac.uk> for the status of the paper. **Users should always cite the published version of record.**

Enquiries

For any further enquiries regarding the licence status of this document, please contact:

researchsupport@kent.ac.uk

If you believe this document infringes copyright then please contact the KAR admin team with the take-down information provided at <http://kar.kent.ac.uk/contact.html>

Title Le rejet de la bonne foi en droit anglais

Author Sophie Vigneron

Forthcoming, December 2008, in . Robin-Olivier and D. Fasquelles (ed),
Les échanges entre les droits : l'expérience communautaire (Bruxelles,
Bruylant)

Not Published Version

Abstract:

Keywords:

La bonne foi en tant que concept de loyauté ou solidarité contractuelle ne s'est pas spontanément développée en droit anglais. La Directive de 1993 sur les clauses abusives a introduit le terme mais non le concept. D'ailleurs, le futur de la transposition du terme est incertain puisqu'un projet de réforme de février 2005 envisage sa suppression. La greffe de la bonne foi a donc été rejetée par le droit anglais et ceci est lié au contexte économique dans lequel s'est développé le droit des contrats.

Le droit se développe dans un contexte socio-économique particulier. Le droit et les lois « doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre. »¹ Le droit est par nature lié à un pays, à une tradition juridique particulière, à un type d'économie.

Il existe, toutefois, des interactions entre les pays, des mouvements entre les cultures. La globalisation de l'économie et, par ricochet, du droit pourrait faire croire qu'il est actuellement possible de transplanter n'importe quel concept juridique d'un pays à un autre. D'ailleurs, M. Watson soutient qu'un « *legal transplant* », traduit littéralement par transplant juridique, peut prendre quels que soient les pays donneur et receveur². La meilleure analogie est celle d'une greffe, car comme pour une pousse transférée d'une plante à une autre, cette dernière devient une avec le corps receveur. Un transplant est donc

¹ Montesquieu, *Esprit des lois*, I,3.

² A. Watson, *Legal Transplants, An Approach to Comparative Law*, 2^d éd., Athens (Georgia), The University of Georgia Press, 1993, p. 23-24. Dans le même sens, J. Smits, « On Successful Legal Transplants in a Future *Ius Commune Europeanum* », in A. Harding et E. Özücü, *Comparative Law in the 21st Century*, Londres et New York, Kluwer Law International, 2002, p. 137.

le transfert d'une règle juridique d'un système à un autre ou d'un peuple à un autre. En effet, les peuples ne vivant pas en autarcie, les règles migrent comme les peuples ou plutôt les règles migrent avec les peuples et, aujourd'hui plus qu'hier, les transplants juridiques sont communs³.

La transposition est l'application d'une règle juridique autonome du droit national, d'une règle qui se superpose au droit national sans avoir été volontairement recherchée. Le droit de l'Union européenne est un droit supranational qui s'ajoute au droit existant⁴. Idéalement, une règle transposée devrait se transplanter dans le pays receveur. Le droit supra-national devrait petit à petit s'intégrer au droit national et ne faire plus qu'un avec le pays receveur. Cet idéal n'est pas toujours atteint, comme le démontre la transposition du concept de bonne foi en droit anglais.

La Directive 93/13 a pour objet de protéger les consommateurs de l'Union Européenne contre les clauses abusives⁵. La Commission a estimé qu'il est dans l'intérêt d'un marché commun d'avoir des consommateurs confiant et que cet objectif serait plus facilement atteint en supprimant les clauses abusives. L'article 3 de la directive interdit les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur et en violation de la bonne foi.

La bonne foi est un concept connu en droit français. Elle est définie comme une obligation de loyauté, d'intégrité, d'honnêteté ou de coopération⁶. Ce comportement loyal doit avoir lieu pendant la négociation du contrat ou son exécution (art. 1134 al 3 C. civ.). Les juges français ont utilisé ce concept pour développer une obligation d'information à la charge du contractant professionnel à l'égard du consommateur. Ce concept juridique a été utilisé par les juges pour rétablir l'équilibre contractuel entre les parties ; la rupture de l'équilibre ayant été causée par l'abus de force d'une partie sur l'autre, abus lié à sa position de professionnel, sa réticence, sa mauvaise foi, son intention de nuire. Le contractant doit être loyal et prendre en compte les intérêts de son contractant, dans la limite de la bonne foi. Allant plus loin, une partie de la doctrine française a développé la théorie du solidarisme contractuel, théorie qui souligne l'évolution du droit français vers l'altruisme.

La bonne foi est un concept inconnu en droit anglais. Selon l'expression du juge Ackner « *The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations [...] A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of*

³ E. Agostini, *Droit comparé*, Paris, PUF, 1988, p. 243 ; M. Delmas-Marty, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », D. 2006, 951.

⁴ K. Zweigert et H. Kötz (trad. T. Weir), *An Introduction to Comparative Law*, 3^e éd., Oxford, OUP, 1998, p. 28

⁵ Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE* L 95, 21 avril 1993, p. 29

⁶ A. Benabent, *Droit Civil, Les obligations*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 2005, n. 285 p. 214 ; G. Cornu (dir.), *Vocabulaire Juridique*, 2^e éd., Paris, PUF, 2001, V^o Bonne foi ; G. Flécheux, « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Mélanges Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ 2001, p. 341 ; P. le Tourneau, « Bonne foi », *Rép. Civ. Dalloz*, 1995, V^o Bonne foi ; G. Lyon Caen, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* 1946, 77 ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » in *Mélanges F. Terré, L'avenir du droit*, Paris, Dalloz, 1999, p. 603 ; R. Zimmermann et S. Whittaker (dir.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 37.

*negotiating party*⁷. » La période pré-contractuelle oppose les contractants, comme deux armées préparant une attaque⁸. Or, la bonne foi, en tant qu'obligation de solidarité ou de fraternité, n'a pas de place sur un champ de bataille. C'est pourquoi, une telle obligation ne s'est spontanément développée. Le droit anglais n'a pas évolué vers le solidarisme ou l'altruisme comme le droit français et l'introduction de la bonne foi par la Directive de 1993 n'a pas changé cela.

Le droit anglais n'a pas adopté le principe de la solidarité contractuelle et reste au contraire attaché à la liberté contractuelle fondée sur l'individualisme. Cette conclusion ressort, d'une part, de l'étude de l'impact de la Directive sur la structure du droit, c'est-à-dire les conséquences de la transposition du texte sur les règles existantes et les problèmes de cohérence du droit posé par la multiplicité des textes et des notions (section I). D'autre part, l'étude de la transposition du concept de bonne foi montre que le statique n'est pas devenu vivant. La greffe n'a pas prise et le concept de bonne foi en tant que principe de loyauté contractuelle reste étranger au droit anglais (section II).

Section I – La transposition de la Directive 93/13 EEC

Le but de la Directive de 1993 est de faciliter la circulation des biens et services en encourageant les consommateurs à acquérir des biens dans les pays de l'Union européenne. Cette incitation se fait par l'interdiction des clauses abusives dans les contrats d'adhésion afin de garantir un niveau de protection équivalent dans les différents pays européens. Ainsi, la Directive interdit les clauses qui créent au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties et ce, en dépit de l'exigence de bonne foi (art. 3).

La Directive est donc le cheval de Troie qui a permis d'introduire la bonne foi en droit anglais⁹. Sa transposition ajoute un niveau de protection aux règles de droit existantes (A). Cet ajout posant des problèmes de cohérence du droit de la consommation, la Commission de réforme législative a proposé d'unifier les règles concernant les clauses abusives en

⁷ *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128, p. 138.

Pour une appréciation critique de cette décision, voir J. Steyn, « Contract Law : Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men », (1997) 113 *Law Quarterly Review* 433, p. 439.

⁸ *Butler Machine tool Co Ltd v Ex-Cell-O Corporation* [1979] 1 WLR 401. Voir l'analogie de Denning LJ, p. 405 : « *it will be found that in most cases when there is a "battle of forms," there is a contract as soon as the last of the forms is sent and received without objection being taken to it. [...] In some cases the battle is won by the man who fires the last shot. He is the man who puts forward the latest terms and conditions: and, if they are not objected to by the other party, he may be taken to have agreed to them. [...] There are yet other cases where the battle depends on the shots fired on both sides.* »

⁹ M. Auer, « Good Faith: A Semiotic Approach » (2002) *European Review of Private Law* 279 ; R. Brownsword, N. Hird et G. Howells (dir.), *Good Faith in Contract, Concept and Context*, Ashgate, Aldershot, 1999 ; R. Brownsword, *Contract Law, Themes of the Twenty-first Century*, Londres, Butterworths, 2000, pp. 97-121 ; H. Collins, « Good Faith in European Contract Law » (1994) 14 *Oxford J. Legal Stud* 229 ; A. Forte (dir.), *Good Faith in Contract and Property*, Oxford, Hart publishing, 1999 ; R. Powell, « Good faith in contracts » (1956) *Current Legal Problems* 16 ; G. Teubner, « Legal Irritants: Good Faith in British Law of How Unifying Law Ends Up in New Divergences » (1998) 61 *Modern Law Review* 11 ; R. Zimmermann et S. Whittaker, *Good faith in European Contract law*, *op. cit.*

créant un texte unique. Ce projet exclut la bonne foi, ce qui montre que ce concept est en sursis (B).

A – Les problèmes de transposition de la Directive

Des règles de protection des parties faibles ont été élaborées par les juges et le législateur afin d'introduire, si ce n'est une obligation de loyauté entre les parties, tout au moins, une obligation d'honnêteté. La transposition de la Directive a ajouté un niveau de protection qui pose des problèmes de cohérence avec les règles existantes.

1 – Les règles existantes

Le droit anglais s'est développé selon une approche économique et sociale des faits répondant à un problème particulier¹⁰. Le juriste anglais n'a jamais recherché la rationalisation des règles mais des réponses concrètes à des problèmes spécifiques, ce qui a créé une mosaïque juridique¹¹. Deux régimes coexistent, les règles de *Common law*¹² créées par les juges et un texte législatif interdisant les clauses limitatives de responsabilité du contractant.

Le *Common law* a développé quatre règles protectrices des parties faibles contre les clauses créant un déséquilibre significatif entre les parties.

La première protection développée par les juges est liée à la conclusion du contrat. Une clause contractuelle doit être acceptée par les deux parties et pour ce faire doit être connue des deux parties. Ainsi, si une partie insère dans le contrat une clause inhabituelle, il doit la mentionner à son contractant. Dans l'affaire *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd*¹³, Lord Denning MR a décidé que la clause limitative de responsabilité de dommage corporel n'était pas incluse dans le contrat, car cette clause spécifique supprimait un droit essentiel du contractant. Il aurait donc fallu, pour qu'il l'accepte qu'il en ait eu connaissance, et pour ce faire, la société aurait dû écrire cette clause en encre rouge¹⁴. La société ne doit, cependant, pas s'assurer que le contractant a compris la clause, car on est toujours libre

¹⁰ Le droit anglais est un droit jurisprudentiel créé et appliqué par des praticiens qui au Moyen Age, n'étaient pas, ou peu, issus des universités. Ces derniers ne raisonnaient pas de façon abstraite, mais en terme de procédure ou *forms of action*. D. J. Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford, OUP, 1999, p. 11.

¹¹ P. Legrand, *Le droit comparé*, Paris, PUF, 1999, p. 6. Dans le même sens, à propos de la bonne foi : E. McKendrick, « Good Faith : a Matter of Principle ? », in A. Forte (dir.), *Good Faith in Contract and Property*, *op. cit.*, p. 46.

¹² Le terme *Common Law* a trois significations distinctes. La première est celle de pays de droit coutumier opposé au pays de droit écrit. La deuxième est celle de droit coutumier (*Common Law* et *Equity*) opposé à la loi (*statute law*). La dernière est celle de droit commun à tous (*Common Law*) opposé à l'*Equity*. Si le terme est employé sans indication supplémentaire, il a le sens de droit commun opposé à l'*Equity*. Le terme *Common Law* n'est pas traduit, et le mot *law* ayant le sens de droit et non de loi, le genre masculin est utilisé dans le texte. P. Legrand, *Le droit comparé*, *op.cit.*, p. 48 ; du même auteur, « Pour le Common Law », *RID comp.* 1992, p. 941 ; « Pour le Common Law (bis) », in *Mélanges C. Mouly*, t. 1, Paris, Litec, 1998, p. 85. *Contra* G. Rouhette, « Le genre de "common law" » in G. Snow et J. Vanderlinden (dir.), *Français juridique et science du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 311.

¹³ [1971] 2 QB 163.

¹⁴ *Ibid.*, p. 170.

d'accepter un contrat désavantageux. Cette position a été reprise par Bingham LJ dans la décision *Interfoto*¹⁵. La seconde règle de protection développée par le Common law est une règle d'interprétation du contrat. Selon la règle d'interprétation *contra proferentem*, une clause ambiguë est interprétée contre son auteur. La limite évidente de cette règle est qu'une clause limitative de responsabilité clairement rédigée ne peut être interprétée contre celui qui l'a rédigée sous peine de dénaturation du contrat. La troisième règle protectrice est celle selon laquelle les parties doivent être honnêtes dans le sens où elles ne doivent pas faire de fausses déclarations. M. Wightman qualifie cette honnêteté de fait comme le noyau d'une bonne foi contractuelle¹⁶. Cette honnêteté, toutefois, ne s'étend pas à une obligation d'information, qui n'existe que pour les contrats conclus *uberimae fidei*¹⁷, et se limite à une obligation de ne dire que la vérité lorsque l'on dit quelque chose. La sanction d'une fausse déclaration est une action en *misrepresentation*¹⁸. La quatrième règle, existant pour rétablir l'équilibre contractuel gravement compromis est la possibilité pour le juge d'ajouter des clauses contractuelles implicites au contrat¹⁹. Ce sont des clauses si évidentes et nécessaires à l'effectivité commerciale du contrat qu'elles n'ont pas été mentionnées par les parties. Par exemple, un contrat de location d'amarrage dans un port contient une clause implicite que le port est suffisamment profond pour ne pas endommager la coque du bateau²⁰.

Les règles de *Common law* sont un patchwork de règles spéciales destinées à corriger un problème particulier. Elles sont cependant inefficaces pour protéger les contractants faibles contre les clauses abusives qui ont été portées à leur connaissance et qui ont été clairement rédigées. C'est pourquoi, le législateur est intervenu pour limiter certaines clauses abusives.

En 1977, le législateur a adopté un texte de protection des parties faibles contre les clauses abusives qui ont pour objet ou pour effet de limiter la responsabilité contractuelle et/ou délictuelle du contractant²¹. L'*Unfair Contract Terms Act 1977* protège tous les contractants et pas seulement les consommateurs. Cette loi s'applique donc entre

¹⁵ *Interfoto picture library v. Stiletto Visual Programme* [1989] QB 433 (QB)

¹⁶ J. Wightman, « Good Faith and Pluralism in the Law of Contract », in R. Brownsword *et al.* (dir.), *Good Faith in Contract, Concept and Context, op.cit.*, p. 41, p. 42. Dans le même sens, R. Brownsword, *Contract Law, Themes of the Twenty-first Century, op. cit.*, p. 98.

¹⁷ J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, 28^e éd., Oxford, OUP, 2002, p. 264.

¹⁸ Art. 2(1) *Misrepresentation Act 1967*. L'action en *misrepresentation* peut être contractuelle ou délictuelle.

P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 5^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 257 ; J. Beatson, *Anson's Law of Contract, op. cit.*, p. 237 ; J. Cartwright, *Unequal bargaining, A Study of Vitiating Factors in the Formation of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 61 et s. ; J. Cartwright, *Misrepresentation*, Londres, Sweet & Maxwell, 2002, p. 1 n° 1.01 et s. ; M. Furmston, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 14^e éd., Londres, Butterworths, 2001, p. 291 et s. ; G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 11^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2003, p. 330 et s. ; S. Vigneron, « L'authenticité d'une œuvre d'art, une comparaison franco-anglaise », *RID Comp.* 2004, 625, p. 640 ; K. Zweigert *et al.*, *An Introduction to Comparative Law, op. cit.*, p. 410 et s.

¹⁹ J. Beatson, *Anson's Law of Contract, op. cit.*, p. 145 ; J. Steyn, « Contract Law : Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men », *op. cit.*, p. 441.

²⁰ *The Moorcock* (1889) 14 PD 64.

²¹ La règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle n'existe pas en droit anglais.

professionnels et entre particuliers. Cependant, des règles spéciales concernent les relations professionnels – consommateurs.

La loi interdit les clauses limitatives de responsabilité délictuelle pour dommage corporel et autorise les clauses limitant le dommage matériel si elles sont raisonnables (art. 2). Les clauses limitant la responsabilité pour la vente de marchandises ou de services sont interdites à l'égard d'un consommateur si l'obligation a été définie par un texte législatif (par exemple, la conformité de la chose prévue par le *Sale of Goods Act 1979*). Ces clauses sont autorisées entre professionnels si elles sont raisonnables. De même, les clauses limitant la responsabilité pour inexécution contractuelle ou modification substantielle du contrat entre consommateur et professionnel doivent être raisonnables (art. 3).

Le défendeur doit prouver que la clause est raisonnable. L'appréciation se fait *in concreto* en prenant en compte l'inégalité entre les parties, la connaissance de la clause, la difficulté de l'exécution du contrat au moment de sa signature (annexe 2). De plus, le législateur a donné une liste de clauses toujours déraisonnables et donc toujours nulles.

2 – La comparaison entre l'*Unfair Contract Terms Act 1977* et les *Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999*

Aux règles de *Common Law* et à l'*Unfair Contract Terms Act (UCTA)* s'est ajouté la Directive de 1993 dont la transposition s'est faite en deux temps. La première fois, la Directive 93/13 a été adoptée par un texte de 1994 appelé *Unfair Terms in Consumer Contract Regulations*. Selon le texte transposé, les associations de consommateurs n'avaient pas la qualité pour demander l'annulation d'une clause abusive, seul le *Director of Fair Trading* avait qualité pour agir²². Le gouvernement de John Major avait décidé que comme cette action était inconnue en droit anglais, il n'était pas nécessaire de transposer la directive sur ce point. Les associations de consommateurs avaient intenté une action pour mauvaise transposition devant la Cour européenne de Justice mais celle-ci est devenue caduque car le texte a été changé en 1999. Le texte de 1994 a été modifié par les *Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999 (Regulations)*. Le texte de 1999 reprend la directive mot pour mot et reconnaît le rôle des associations de consommateurs. Depuis 1994, l'*Office of Fair Trading* joue un rôle très important dans le contrôle préventif des clauses abusives, ce qui explique le peu d'actions devant les tribunaux²³.

L'*UCTA* et les *Regulations* ont des champs d'application différents qui peuvent, cependant, se recouper²⁴.

²² R. Bradgate, « Experience in the United Kingdom » in *L'intégration de la Directive 93/13 dans les systèmes législatifs nationaux* (visité le 10 mai 2006) http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_en.htm ; G. Howells, « Good Faith in Consumer Contracting », in R. Brownsword *et al.* (dir.), *Good Faith in Contract, Concept and Context*, *op.cit.*, p. 91, p. 104.

²³ W. Erwine, « The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations in the Courts », *Scots Law Time* 2004, 21, 127 p. 130 ; G. Howells, « Good Faith in Consumer Contracting », *op. cit.*, p. 104-107.

²⁴ E. Macdonald, « Unifying Unfair Terms Legislation » (2004) *67 Modern Law Review* 69, p. 71 ; C. Willett, « Good Faith and consumer Contract Terms », in R. Brownsword *et al.* (dir.), *Good Faith in Contract, Concept and Context*, *op.cit.*, p. 67, p. 70-71.

La notion de consommateur diffère entre les deux textes, l'*UCTA* protège les professionnels comme les consommateurs²⁵ alors que les *Regulations* ne visent que les consommateurs²⁶. Les clauses visées sont différentes, l'*UCTA* vise uniquement les clauses limitatives de responsabilité négociées ou non²⁷ alors que les *Regulations* s'appliquent à toutes les clauses abusives non négociées, c'est-à-dire aux clauses rédigées par le professionnel et que le consommateur n'a pas pu modifier²⁸. La détermination du caractère abusif de la clause est soumise au test du raisonnable selon l'*UCTA* qui ajoute une liste noire de clauses toujours nulles²⁹. Selon les *Regulations*, une clause est abusive si elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur et ce, contrairement à la bonne foi³⁰. Le texte ajoute une liste grise de clauses présumées abusives³¹.

La charge de la preuve est différente selon les deux textes, selon l'Unfair Contract Terms Act, le défendeur doit prouver que la clause est raisonnable³², selon les *Regulations*, le consommateur doit prouver que la clause est abusive³³. Enfin, l'*UCTA* ne s'applique qu'aux contrats en vigueur entre deux parties³⁴ alors que les *Regulations* s'appliquent également aux contrats types³⁵.

Cependant, il y a des domaines où les deux textes se superposent. Par exemple, une clause limitative de responsabilité contractuelle est dans le champ d'application de l'*UCTA* et des *Regulations*. C'est pourquoi, la coexistence des deux textes posent des problèmes de compatibilité. En effet, il existe différents niveaux de contrôles pour les clauses contractuelles, ce qui a rendu nécessaire une réforme de cette partie du droit de la consommation.

B – Le projet de réforme de la protection contre les clauses abusives

A la demande du Ministère du commerce et de l'industrie, la commission de réforme du droit a élaboré un projet de loi unifiant le régime des clauses abusives³⁶. Le but principal de ce texte est de simplifier et de clarifier le droit de la consommation. En effet, l'Unfair Contract Terms Act est rédigé dans un style lourd et très descriptif et les *Regulations* utilisent des concepts étrangers aux juristes anglais³⁷.

²⁵ Art. 3 *UCTA* 1977.

²⁶ Art. 4(1) *Regulations* 1999.

²⁷ Art. 3 *UCTA* 1977.

²⁸ Art. 5 *Regulations* 1999.

²⁹ Art. 4 et 11 *UCTA* 1977.

³⁰ Art. 5 *Regulations* 1999.

³¹ Annexe 2 *Regulations* 1999.

³² Art. 11(5) *UCTA* 1977.

³³ Art. 5(6) *Regulations* 1999.

³⁴ Art. 3 (1) *UCTA* 1977.

³⁵ Art. 13(2) *Regulations* 1999.

³⁶ The Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, Février 2005, Cm 6464 ; B. Fauvarque-Causson, « Vers une réforme du droit anglais des clauses abusives ? Le rapport "Unfair Terms in Contracts" des Law Commission anglaise et écossaise », *Revue des contrats* 2005, 891 ; E. Macdonald, « Unifying Unfair Terms Legislation » (2004) 67 *Modern Law Review* 69.

³⁷ The Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, *op.cit.* para 2.4

Le projet distingue les contrats conclus par des consommateurs de ceux conclus par des non-consommateurs. Le projet introduit de nouvelles mesures, la plus importante étant que, pour la première fois, les tribunaux peuvent relever d'office le caractère abusif d'une clause (art. 21). Actuellement, les juges ne peuvent relever d'office le caractère abusif d'une clause, même pour les contrats conclus par des consommateurs. Cette évolution est liée à la décision de la Cour européenne de justice *Oceano Grupo Editorial SA v. Rocio Murciano Quintero*³⁸. De plus, le projet permettrait de protéger les petites et moyennes entreprises, qui actuellement, ne sont pas visées par les *Regulations*, et mal protégées par l'*UCTA*. Par exemple, les PME ne sont pas protégées contre les avances excessives, les taux d'intérêt élevés, les clauses de dommages et intérêts excessives qui sont des clauses raisonnables entre professionnels.

La Commission a décidé de supprimer les références au déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties et à la bonne foi. La Commission a jugé qu'il n'y avait pas de différence entre le test de raison posé par l'*UCTA* et le test d'équité posé par les *Regulations*³⁹. Il faut d'ailleurs noter que la Commission fait référence à l'équité et non à la bonne foi. Cette exclusion a été faite au motif que « *it was neither necessary nor desirable to include an explicit reference to good faith. [...] Good faith is a concept which is unfamiliar to English and Scots lawyers in this area of law. [...] It will be easier for UK lawyers to apply [the test of fairness] than a more 'European' test which makes express reference to good faith*⁴⁰. » Ainsi, l'article 4 du projet de loi fait référence au « *fair and reasonable* » ou juste et raisonnable, les notions clés du *Common law*. Une telle modification du texte pourrait être contraire à la décision de la Cour européenne de justice *Commission v. Pays Bas*⁴¹, selon laquelle la transposition nationale doit, dans la mesure du possible, utiliser les termes originaux de la directive.

La bonne foi a été transposée en droit anglais. Cependant, le concept est loin d'être accepté dans la forme puisque la commission de réforme législative a rédigé un texte qui exclut la référence à la bonne foi. Il faut souligner que l'article L. 132-1 du code de la consommation ne contient également aucune référence à la bonne foi. Cependant, la différence essentielle entre le droit français et anglais est que le premier sous entend la mauvaise foi du contractant professionnel lorsqu'un contrat de consommation contient une clause créant un déséquilibre significatif. La mauvaise foi du professionnel est présumée par le législateur. En revanche, le second ne présume pas la bonne foi et la remplace par le concept différent de *fairness* (justice), plus familier. Son exclusion par le projet de réforme est liée à son caractère étranger et non à sa reconnaissance implicite.

En conclusion, la transposition du terme a eu lieu, mais la greffe est superficielle. Son rejet est même manifeste dans le projet de réforme du droit des clauses abusives puisque la Commission de réforme législative réclame sa suppression.

Section II – La transposition du concept de bonne foi

³⁸ C-240/98 *Oceano Grupo Editorial SA v. Rocio Murciano Quintero* [2000] ECR I-4941 ; S. Whittaker, « Judicial Interventionism and Consumer Contracts », (2001) 117 LQR 215.

³⁹ The Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, *op. cit.*, para. 3.85 ; E. Macdonald, « Unifying Unfair Terms Legislation », *op. cit.*, p. 82.

⁴⁰ The Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, *op. cit.*, para. 3.86 et 3.89.

⁴¹ C-144/99 *Commission v. Pays Bas* [2001] ECR I- 3541.

La transposition est la superposition d'une règle juridique à un système national. La transplantation implique que le texte transposé s'adapte et devienne partie intégrante du système d'accueil, qu'il y prenne vie et non qu'il y vive comme un élément étranger. La bonne foi est comprise en droit français comme une obligation de loyauté. Est-ce que cette notion a pris racine en droit anglais depuis sa transposition par les *Regulations* ? La réponse est négative et avant d'avancer des arguments pour expliquer ce rejet (B), il faut expliquer ce qu'est la bonne foi dans la formation du contrat en droit anglais (A).

A – Good faith et bonne foi : « open and fair dealing »

La bonne foi n'est pas totalement étrangère au droit anglais. Selon Lord Bingham, juge à la Chambre des Lords, « [g]ood faith [...] is not an artificial or technical concept; nor, since Lord Mansfield was its champion, is it a concept wholly unfamiliar to British lawyers. It looks to good standards of commercial morality and practice. Regulation 4(1) bays down a composite test, covering both the making and the substance of the contract. »⁴² Les juges accordent plus d'importance à la conception procédurale (1) que substantielle (2) de la bonne foi.

1 – La conception procédurale : « open dealing »

La conception procédurale de la bonne foi a été développée dans la décision *Interfoto picture library v. Stiletto Visual Programme*⁴³ avant la transposition de la Directive sur les clauses abusives et est dérivée de la décision *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd*⁴⁴ qui pose le principe en *Common Law*. La bonne foi procédurale prend en compte le comportement des parties lors de la conclusion du contrat et impose à la partie qui est à l'origine d'une clause inhabituelle ou particulièrement onéreuse d'informer son contractant. La transaction doit être ouverte dans le sens où les informations importantes doivent être signalées au contractant. Les faits de la décision *Interfoto* étaient relativement simples. La société *Interfoto* avait envoyé quarante sept photographies à la société *Stiletto*, une des clauses du contrat prévoyait que la société *Stiletto* devrait verser cinq livres par jour de retard et par photo si elle ne les renvoyait pas dans un délai de quatorze jours. *Stiletto* a restitué les photos quatre semaines plus tard et *Interfoto* demandait un paiement de trois mille livres pour indemnité de retard. Un des juges de la Cour d'Appel, Dillon LJ, décide que la clause ne faisait pas partie du contrat, car elle n'avait pas été acceptée par la société *Stiletto*. Le juge analyse les faits comme une situation d'offre et d'acceptation. En l'espèce, l'indemnité de retard était très importante puisque des sociétés comparables demandaient

⁴² *Director General of Fair Trading v. First National Bank plc* [2002] 1 AC 481 (HL) 25/10/2001 para. 17. La décision de Lord Steyn va dans le même sens, para 36

⁴³ [1989] QB 433, p. 439. Bingham LJ, « *In many civil law systems, and perhaps in most legal systems outside the common law world, the law of obligations recognises and enforces an overriding principle that in making and carrying out contracts parties should act in good faith. This does not simply mean that they should not deceive each other, a principle which any legal system must recognise; its effect is perhaps most aptly conveyed by such metaphorical colloquialisms as "playing fair," "coming clean" or "putting one's cards face upwards on the table." It is in essence a principle of fair and open dealing. [...]. English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness.* » (accentuation ajoutée).

⁴⁴ [1971] 2 QB 163.

seulement 3,50 livres par semaine et par photo. Il aurait donc fallu que la société Interfoto mentionne spécifiquement l'existence de cette clause pour que celle-ci soit incorporée au contrat, selon la décision *Thornton*. La société ne l'a pas fait, donc la clause ne faisait pas partie du contrat. Un autre juge, Bingham LJ, ajoute à la simple analyse d'offre et d'acceptation le principe de *fairness* qui selon lui se rapproche de la bonne foi continentale⁴⁵. Cette décision est importante, car le juge Bingham a ensuite été nommé à la Chambre des Lords et a utilisé son propre jugement comme *ratio decidendi* dans la décision *Director General of Fair Trading*.

L'affaire *Director General of fair trading v. First National Bank plc*⁴⁶ est la première décision qui applique les *Regulations* 1994. L'action a été intentée par l'organisme administratif chargé de leur application, l'*Office of Fair Trading*, contre la banque, *First National Bank*, au motif que son contrat type de crédit à la consommation contenait une clause abusive. La clause prévoyait que les intérêts continuaient à courir au taux contractuel et ce jusqu'au paiement final de la somme due même si le débiteur avait obtenu un jugement de rééchelonnement de dettes. Le premier argument de la banque était que le juge ne pouvait apprécier la validité de la clause qui portait sur l'adéquation entre la rémunération et les services à fournir en contrepartie (art. 4 Directive et *regulation* 3(2)). La valeur économique du contrat ne doit pas être évaluée par le juge. Cet argument a été rejeté car, d'une part, l'exception de l'article 4 doit être interprétée restrictivement pour ne pas priver la Directive de tout effet. D'autre part, la clause prévoyait les conséquences du défaut de paiement, que les intérêts continuaient à courir, et non le montant du taux d'intérêt.

Le second argument portait sur le déséquilibre significatif des droits et obligations des parties contrairement à l'obligation de bonne foi. Les juges de la Court of Appeal et de la Chambre des Lords sont arrivés à des solutions opposées sur ce point. Selon les juges de la Cour d'appel, la clause était abusive, car contraire à la bonne foi définie comme « *open and fair dealing*. » La clause violait l'obligation de bonne foi, car elle surprenait le consentement du consommateur qui ne pouvait s'attendre à trouver une telle clause dans un contrat de ce type. De plus, le juge se réfère à la décision *Interfoto* et divers auteurs qui définissent la bonne foi comme une surprise injuste⁴⁷. Ainsi, le juge conclut que la clause

⁴⁵ *Interfoto picture library v. Stiletto Visual Programme* [1989] QB 433, Bingham LJ p. 445 « *The tendency of the English authorities has, I think, been to look at the nature of the transaction in question and the character of the parties to it; to consider what notice the party alleged to be bound was given of the particular condition said to bind him; and to resolve whether in all the circumstances it is fair to hold him bound by the condition in question. This may yield a result not very different from the civil law principle of good faith, at any rate so far as the formation of the contract is concerned.* »

⁴⁶ [2002] 1 AC 481.

M. Dean, « Defining Unfair Terms in Consumer Contracts – Crystal Ball Glazing ? *Director General of Fair Trading v First National Bank plc* » (2002) 65 *Modern Law Review* 773 ; E. Macdonald, « Scope and Fairness of the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations : *Director of Fair Trading v First National Bank* », (2002) 65 *Modern Law Review* 763.

⁴⁷ J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, op. cit., p. 304 ; R. Brownsword et al. (dir.), *Good Faith in Contract, Concept and Context*, op. cit., p. 688.

La version anglaise de l'article 2.1.20 des Principes d'UNIDROIT relatif aux contrats du commerce international (2004) fait référence à une clause « surprenante » (« *Surprising terms* »), traduit par « clause inhabituelle. »

Published version available in in . Robin-Olivier and D. Fasquelles (ed), Les échanges entre les droits : l'expérience communautaire, (Bruxelles : Bruylant, forthcoming December 2008

« *does create unfair surprise and so does not satisfy the test of good faith.* »⁴⁸ La Chambre des Lords a censuré cette décision. Elle a estimé que la clause était juste et raisonnable car elle n'avait pas surpris le consentement du consommateur. Lord Bingham a relevé que la procédure avait été juste car la clause était claire et avait été montrée au consommateur⁴⁹. Le juge Bingham définit la condition d'ouverture comme « *[o]penness requires that the terms should be expressed fully, clearly and legibly, containing no concealed pitfalls or traps. Appropriate prominence should be given to terms which might operate disadvantageously to the customer.* »⁵⁰ Cette condition de clarté de l'information est remplie dès lors que les clauses sont clairement rédigées et que les clauses désavantageuses sont mentionnées au consommateur⁵¹. Ainsi, une clause peut être injuste, si elle a été lue par le consommateur elle sera valable.⁵² Le contractant professionnel doit s'assurer que l'information est donnée, mais pas qu'elle est comprise. La conception procédurale de la bonne foi est liée à la conception du contrat en *Common law*. Un échange de promesse objective, chaque partie défend ses intérêts et ne doit pas s'occuper des intérêts de l'autre, même du consommateur économiquement plus faible⁵³. Cette conception est similaire aux principes développés par les décisions *Thornton* et *Interfoto*. Donc, le concept de bonne foi a été moulé sur ce qui existait déjà en *Common law*.

2 – La conception substantielle : « *fair dealing* »

La conception substantielle de la bonne foi s'attache non au processus de conclusion du contrat mais à son contenu. Lord Bingham a défini le concept de *fair dealing* comme nécessitant « *that a supplier should not, whether deliberately or unconsciously, take advantage of the consumer's necessity, indigence, lack of experience, unfamiliarity with the subject matter of the contract, weak bargaining position or any other factor listed in or analogous to those listed in Schedule 2 to the Regulations. Good faith [...] looks to good standards of commercial morality and practice.* »⁵⁴ (accentuation ajoutée). Le professionnel

⁴⁸ *Director General of Fair Trading v. First National Bank* [2000] QB 672 (CA), Gibson LJ, p. 688.

⁴⁹ *Director General of Fair Trading v. First National Bank plc* [2002] 1 AC 481 (HL) 25/10/2001 para. 17.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ E. Macdonald, « Scope and Fairness of the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations: Director of Fair Trading v First National Bank », *op. cit.*, p. 770.

⁵² *Bryen & Langley Ltd v. Boston* [2004] EWHC 2450 (QB (TCC)) 4/11/2004 para 44 « *It is not normally, in English law, the function of a party negotiating a contract to protect the other party to the negotiation from the consequences of his own folly, or from the negligence of third parties, such as the professional advisers to the other party. Thus, it would seem to be an unusual case, if such a case could be found at all, in which it would not be a complete answer to any suggestion that a building contractor had acted in bad faith in letting a "consumer" choose to use a particular standard form of building contract, that the "consumer" made his own decision, with or without the advice of a third party.* »

⁵³ *Westminster Building Company Ltd v. Beckingham* [2004] EWHC 138 (QB (TCC)) 20/02/2004. Thornton J., para. 31 « *Westminster did no more than accept the contract terms offered and had no reasonable need to draw to Mr Beckingham's attention the potential pitfalls to be found in the adjudication clause and in its operation during the course of the work. The clause did not, therefore contravene the requirement of good faith.* »

⁵⁴ *Director General of Fair Trading v. First National Bank plc* [2002] 1 AC 481 (HL) 25/10/2001, para. 17.

est de mauvaise foi lorsqu'il utilise à son avantage sa puissance économique contrairement à la morale et à la pratique commerciale. Il est nécessaire de déterminer le standard de moral commercial acceptable pour juger ce qui est conforme à la bonne foi dans le sens de *fair dealing* de ce qui ne l'est pas.

Le standard défini par le juge a glissé de la bonne foi (*fairness*) au raisonnable (*reasonableness*). Dans la décision *Director of Fair Trading*, la Chambre des Lords compare les *Regulations* et l'*UCTA* et estime qu'il faut un test similaire entre les deux. La bonne foi se transforme en « *reasonableness*. » Le raisonnable est défini par la pratique commerciale. Ainsi, dans la décision *Director of Fair Trading*, la clause contractuelle prévoyait que le débiteur qui avait obtenu un rééchelonnement de sa dette devait continuer à payer les intérêts au taux contractuel jusqu'au paiement final. Une loi de 1974 prévoit que le juge peut, à la demande du débiteur, modifier le taux d'intérêt prévu dans le contrat lors d'un jugement de rééchelonnement de dettes. Or, le texte ne prévoit aucune obligation d'information du débiteur à la charge du créancier quant à l'existence de cette possibilité et le juge ne peut le relever d'office. Donc, il est dans l'intérêt des organismes de crédit de ne pas informer le débiteur de l'existence de cette loi puisque les intérêts continueront à courir au taux contractuel et non à un taux réduit par le juge. D'ailleurs, Lord Bingham relève que plus de trente organismes de crédit ne mentionnent pas l'existence de cette loi de 1974. Il est donc courant dans la pratique que cette clause existe et qu'aucune information ne soit donnée sur le texte de 1974. Cette clause est, donc, raisonnable, car conforme à la pratique commerciale. De plus, l'organisme envoie une lettre au débiteur pour l'informer (après le jugement) qu'il devra payer les intérêts au taux contractuel sur les sommes restant dues ! Dans une espèce plus récente, *Bairstow Eves London Central Ltd v. Smith*, la clause type d'un contrat conclu entre un agent immobilier et son client a été considérée abusive au motif qu'elle était contraire au standard de la morale commerciale⁵⁵.

Raison et loyauté sont des concepts différents, une clause utilisée par la majorité des acteurs du marché devient raisonnable mais n'est pas forcément loyal comme l'illustre l'espèce *Director of fair trading*. Lord Bingham relève « *I have no hesitation in accepting the proposition that this situation is unacceptable. I have much greater difficulty in deciding whether the difficulties derive from the unfairness of the term or from the absence of procedural safeguards for the consumer at the stage of default.*⁵⁶ » Le juge reconnaît que la situation est injuste mais il ne veut pas intervenir pour combler une lacune législative. Le critère de la raison prend en compte les éléments objectifs fixés par la pratique commerciale. Cet élément se retrouve dans l'annexe 2 de l'*UCTA* 1977. Par exemple, le juge doit rechercher si le consommateur pouvait conclure la même transaction avec un professionnel sans avoir la même clause. C'est exactement la situation de *First National Bank*, la clause apparaissait dans trente institutions de crédit, elle était raisonnable car elle apparaissait dans de nombreux contrats. Dans le même sens, Lord Steyn a relevé : « *Undoubtedly, good faith has a subjective requirement: the threshold requirement is that the party must act honestly. That is an unsurprising requirement and poses no difficulty for the English legal system. But good faith additionally sets an objective standard, viz., the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the conclusion and performance of the transaction concerned. For our purposes that is the important requirement. Used in this sense judges in the greater part of the industrialised world*

⁵⁵ *Bairstow Eves London Central Ltd v. Smith* [2004] EWHC 263 (QB) 20/02/2004 reprenant le jugement de la County court, para. 21. Le juge de la High Court ne s'est pas prononcé sur cette question.

⁵⁶ *Director General of Fair Trading v. First National Bank plc* [2002] 1 AC 481 (HL) 25/10/2001 para. 24.

usually have no great difficulty in identifying a case of bad faith. It is not clear why it should perplex judges brought up in the English tradition. »⁵⁷ (accentuation ajoutée). Le juge évalue la pratique commerciale et non la protection des consommateurs, il est un arbitre impartial entre deux parties et non le protecteur de la partie faible. D'ailleurs, le juge se demande si la clause est injuste pour le consommateur mais également s'il est injuste pour le professionnel de la supprimer⁵⁸. Enfin, Lord Millet estime même que la clause litigieuse ne peut être que raisonnable puisqu'elle existe dans les contrats de consommation et se trouve à l'identique dans les contrats entre professionnels⁵⁹. Si la clause existe entre professionnels, elle est donc conforme à la pratique commerciale et peut s'appliquer aux consommateurs. Ainsi, les professionnels et non professionnels sont jugés selon le même standard de pratique commerciale.

La bonne foi a été transformée pour s'adapter aux règles et conceptions du droit anglais. Comme l'a souligné M. Teubner, un concept juridique ne peut pas être transplanté d'un pays à un autre sans subir de transformation⁶⁰. La bonne foi a été intégrée et a été transformée pour respecter les valeurs défendues par le droit anglais.

B – Le rejet de la greffe de la bonne foi

La bonne foi loyauté en droit français est présente non seulement dans le droit de la consommation, mais également dans le droit des contrats, voire « omniprésente dans le droit, dans tout le droit. »⁶¹ La greffe de la bonne foi loyauté n'a pas pris en droit de la consommation anglais et ne s'est pas étendue dans les autres branches du droit. En effet, pour qu'un transplant soit réussi il faut qu'il y ait un vide juridique devant être comblé par une nouvelle règle, ce qui est d'autant plus facile que le pays est moins avancé matériellement et culturellement⁶². En droit anglais, il n'existe aucun vide juridique. Les règles utilisées peuvent être critiquées en ce qu'elles sont plus orientées vers la protection du contrat que la volonté des parties mais elles existent et sont enracinées dans la société et la culture juridique. De plus, l'Angleterre est, non seulement, un pays avancé matériellement et culturellement mais également un pays créateur de droit. C'est pourquoi, la greffe de la bonne foi ne répond ni à un besoin juridique ni à un désir d'améliorer le droit existant. Cette greffe a été imposée par l'Union européenne et non volontairement recherchée et ceci explique, en partie, son rejet. Les autres raisons du rejet sont la définition objective voire individualiste du contrat (1) qui est liée à la conception libérale de l'économie (2) et le rôle du juge dans la création du Droit (3).

1 – le rejet lié à l'appréciation objective du contrat

⁵⁷ J. Steyn, « Contract Law : Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men », *op. cit.*, p. 438.

⁵⁸ *Bankers Insurance Co Ltd v. South* [2003] EWHC 380 (QB) 07/03/2003 para. 34.

⁵⁹ *Director General of Fair Trading v. First National Bank plc* [2002] 1 AC 481 (HL) 25/10/2001 para. 56-57.

⁶⁰ G. Teubner, « Legal Irritants: Good Faith in British Law of How Unifying Law Ends Up in New Divergences », *op. cit.*, p. 12.

⁶¹ P. Le Tourneau, « Bonne foi », *op. cit.*

⁶² A. Watson, *Legal Transplants, An Approach to Comparative Law*, *op. cit.*, p. 50-55.

Le contrat est compris comme un échange de promesses qui se détachent de la volonté. Cette définition a ses racines dans le développement historique des droits du *Common Law* et d'*Equity*⁶³. Les règles procédurales se sont créées à partir des *writs* (assignations) qui ont été attribués aux juridictions royales des compétences en matière contractuelle⁶⁴. De cette évolution, le droit anglais a gardé un caractère objectif dans le sens où ce ne sont pas des droits individuels mais des règles procédurales qui sont prises en compte. Cela se reflète d'une part dans la nature du consentement et d'autre part dans l'élément essentiel de la formation du contrat qu'est la *consideration*.

Le consentement exprime un « accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit⁶⁵. » La nature du consentement, son essence, est de manifester une volonté intérieure, mais les conditions dans lesquelles cette volonté devient obligatoire sont très différentes en droit français et anglais. Le premier se réfère à la volonté subjective de la personne, le second à ce que la personne a objectivement promis⁶⁶. Ainsi comme le relèvent MM. Montanier et Samuel⁶⁷ « le fondement du contrat en droit anglais est la promesse. Le contrat “à la française” repose sur la volonté et le consentement [...]. En revanche, un contrat fondé sur la promesse n'est pas forcément fondé sur la volonté, puisque la promesse - une fois lancée - et la volonté sont indépendantes l'une par rapport à l'autre. Ce qui importe à propos de la promesse, c'est la confiance que l'on apprécie dans un contexte objectif. » Ces deux appréciations sont liées à deux théories, la première est dite subjective, la seconde objective⁶⁸. La théorie subjective met l'accent sur la volonté des parties, celles-ci doivent être obligées par ce qu'elles ont voulu. Cette théorie s'applique à l'approche française et est liée au droit canonique ainsi qu'aux courants philosophiques des dix-septième et dix-huitième siècles⁶⁹. Ainsi, l'article 1156 du Code civil édicte, pour l'interprétation des conventions, que le juge « doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. » Pourtant, il est impossible de rechercher abstraitement ce que les parties ont voulu sans se référer à leur comportement extérieur et donc appliquer la théorie objective. La théorie objective donne priorité au comportement des parties ou aux termes du contrat⁷⁰. La personne est engagée, si ce qu'elle a dit ou écrit peut être interprété, par une personne raisonnable comme un comportement objectif d'être lié par un contrat⁷¹. Cette différence

⁶³ R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 226 n° 218 et s. ; R. C. van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*, 2^e éd., Cambridge, CUP, 1988 (réimp. 1997), p. 64 et s.

⁶⁴ J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4^e éd., Londres, Butterworths, 2002, p. 57 et 70 ; D. J. Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, *op. cit.*, p. 13 ; S. Vigneron, *Etude comparative des ventes aux enchères publiques mobilières (France et Angleterre)*, Paris, LGDJ, 2006, p. 30.

⁶⁵ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V. consentement.

⁶⁶ J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁷ J.-C. Montanier et G. Samuel, *Le contrat en droit anglais*, Grenoble, PUG, 1999, p. 54 n. 57.

⁶⁸ A. von Mehren (dir.), *International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 7, Contracts in General, chap. 9, The Formation of Contracts*, Tübingen, M. Siebeck, 1974, p. 25.

⁶⁹ A. Meinertzhagen-Limpens, « Acte juridique – contrat – promesse, éléments de droit comparé », in *De l'importance de la définition en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 199, p. 205.

⁷⁰ A. von Mehren (dir.), *International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 7, chap. 9, op. cit.*, p. 15.

⁷¹ J. Perillo, « The origins of the objective theory of contract formation and interpretation », 69 *Fordham L. Rev.* 427, p. 478 : « A thorough examination of the cases and texts in conjunction with an Published version available in in . Robin-Olivier and D. Fasquelles (ed), *Les échanges entre les droits : l'expérience communautaire*, (Bruxelles : Bruylant, forthcoming December 2008

entre promesse et volonté est reconnue et acceptée par les juristes anglais⁷². La volonté se cristallise dans la promesse qui, une fois exprimée, s'en détache et devient un élément objectif. Le juge ne doit pas rechercher la volonté d'une partie, mais ce qu'elle a dit et de quelle façon le cocontractant pouvait comprendre cette promesse.

La *consideration* est également le fruit de l'évolution jurisprudentielle du *Common Law* au Moyen Âge⁷³. Initialement, une action en justice est possible dans les cas où un *writ* est accordé, c'est à dire, pour les seuls contrats formels (*deeds*). Puis, la théorie de la *consideration* permet de donner force obligatoire à un contrat, qui ne remplit pas les conditions de formes nécessaires pour être un contrat solennel, mais qui comprend un échange de valeurs équivalentes⁷⁴. Cette évolution est liée à l'action d'*assumpsit* qui trouve ses origines dans l'action de *trespass*, selon laquelle le débiteur, qui rompt sa promesse, commet une faute qui engage sa responsabilité délictuelle envers le créancier⁷⁵. Petit à petit, une action d'*assumpsit*, de nature contractuelle, se détache de l'action en responsabilité délictuelle grâce à la *consideration* qui permet, d'une part, de différencier un contrat formel (*deed*) d'un contrat consensuel et, d'autre part, de distinguer un échange économique d'un don, c'est à dire une promesse sanctionnable ou non par l'action d'*assumpsit*. En effet, un échange qui ne comprend pas de *consideration* n'a pas de force obligatoire, cette dernière étant reconnue aux seuls accords dans lesquels chaque contractant reçoit une contrepartie en échange de sa promesse.

De ces deux éléments, promesse et *consideration*, il faut retenir que le contrat en droit anglais est un acte objectif. Le juge ne doit ni rechercher la volonté des parties puisque c'est la promesse détachée de la volonté qui forme le contrat, ni imposer un standard de

analysis of the rules of evidence demonstrates that objective approaches have dominated the Common Law since "to the time that the memory of man runneth not to the contrary." »

⁷² J. Cartwright, *Unequal bargaining, A Study of Vitiating Factors in the Formation of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 5 et s. ; A. Goodhart, « Mistake as to Identity in Contract », (1941) 57 *LQR* 228, p. 235.

Ingram v. Little [1961] 1 *QB* 31, p. 55 « *The learned author rightly points out that the often quoted passage from Pothier is misleading. For it seems to substitute for the objective English test: "How ought the promisee to have interpreted the promise?" the entirely different subjective test: "What did the promisor intend when he made the promise?", and if taken literally it seems to involve "an inquisition into the feelings", and into the motives of the promisor. »*

Dans l'arrêt *Paal Wilson*, Lord Diplock recherche l'intention des parties telle qu'elle a été communiquée et comprise par l'autre, même si cela ne correspond pas exactement à ce à quoi la personne pensait. *Paal Wilson & Co. A/S v. Partenreederei Hannah Blumenthal* [1983] 1 *AC* 854, p. 915.

Associated Japanese Bank (International) Ltd. v. Crédit du Nord SA [1989] 1 *WLR* 255, p. 264 Steyn J. : « *the will theory in English contract law was cast in objective form, judging matters by the external standard of the reasonable man, both as to contract formation and contractual interpretation. »*

⁷³ J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, *op. cit.*, p. 339 ; D. J. Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford, OUP, 1999, p. 80 et s., 141 et s. ; W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 8, London, Methuen, 1972., p. 2 et s.

⁷⁴ J. H. Baker, « Origins of the "Doctrine" of Consideration, 1535-1585 », in M. S. Arnold (dir.), *On the Laws and Customs of England, Essays in Honour of Samuel E. Thorne*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1981, p. 336 ; D. J. Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, *op. cit.*, p. 80 ; B. Markesinis, « La notion de consideration dans la Common Law : vieux problèmes ; nouvelles théories », *RID comp.* 1983, p. 739.

⁷⁵ D. J. Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, *op. cit.*, p. 130 et s.

Published version available in in . Robin-Olivier and D. Fasquelles (ed), Les échanges entre les droits : l'expérience communautaire, (Bruxelles : Bruylant, forthcoming December 2008

moralité contractuelle⁷⁶. C'est pour cette raison que le juge n'a pas développé d'obligation d'information à la charge d'un contractant, même professionnel, car cela équivaut à s'enquérir de l'intention des parties au moment de la formation du contrat⁷⁷. D'ailleurs, l'espèce *Director of Fair Trading v First National Bank* aurait été l'occasion de créer une telle obligation. En effet, un texte législatif permettait au juge de modifier le taux d'intérêt contractuel après un jugement de rééchelonnement de dettes, mais ce texte n'imposait aucune obligation d'information à la charge du professionnel. Le juge aurait pu corriger cet oubli et créer une telle obligation en se fondant sur la bonne foi. Cependant, Lord Bingham a refusé d'intervenir alors même qu'il jugeait la situation inacceptable⁷⁸. Il a estimé qu'il ne lui appartenait pas de se substituer ni de combler les lacunes du législateur (ce qui est ironique dans un pays de *Common law*). Cela montre le refus des juges anglais d'intervenir dans la relation contractuelle⁷⁹.

Le juge ne veut pas réduire la liberté contractuelle des parties en imposant un contrôle *a posteriori* sur le contrat. De plus, il n'existe aucun motif d'intérêt général supérieur, tel un principe général de loyauté voire de solidarité contractuelle, qui justifierait cette intervention. Donc, le contrat est protégé plus que le consentement et le contrôle du juge est objectif en ce que ce dernier ne contrôle ni la justice intrinsèque du contrat ni la moralité des contractants. Cette position est liée à la structure libérale de l'économie.

2 – le rejet lié à la structure libérale de l'économie

Le contrat ne peut pas être détaché de la société dont il régit les relations en s'inscrivant dans un contexte économique particulier⁸⁰. Le droit est enraciné dans ce qui lui est sous-jacent⁸¹ : l'histoire, la société et l'économie. C'est pourquoi, le droit des contrats n'est ni socialement ni économiquement neutre⁸². La greffe de la bonne foi en droit anglais permet ainsi, comme l'a souligné M. Teubner, de repenser et de s'interroger sur les principes fondateurs de la société⁸³.

Le refus d'intégrer la notion de bonne foi en tant que solidarité ou loyauté contractuelle en droit anglais est lié à la conception individualiste du contrat⁸⁴. Cette conception s'est développée dans le contexte plus large du libéralisme économique développé par et pour

⁷⁶ J. Steyn, « Contract Law : Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men », *op. cit.*, p. 433.

⁷⁷ R. Brownsword, « Positive, Negative, Neutral: the Reception of Good Faith in English Contract Law » in R. Brownsword *et al.* (dir.), *Good Faith in Contract, Concept and Context*, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁸ *Director General of Fair Trading v. First National Bank plc* [2002] 1 AC 481 (HL) 25/10/2001 para 24.

⁷⁹ R. Zimmermann et S. Whittaker (dir.), *Good Faith in European Contract Law*, *op. cit.*, p. 701.

⁸⁰ D. Nelken, « Legal Transplants and Beyond : of Disciplines and Metaphors », in A. Harding et E. Örüçü (dir.), *Comparative Law in the 21st Century*, Londres et New York, Kluwer Law International, 2002, p. 19.

⁸¹ P. Legrand, *Le droit comparé*, *op. cit.*, p. 29, 50 et 106.

⁸² B. Reiter, « Good faith in contracts » (1983) 17 *Val U L Rev* 705.

⁸³ G. Teubner, « Legal Irritants: Good Faith in British Law of How Unifying Law Ends Up in New Divergences », *op. cit.*, p. 26. Voir également, R. Brownsword, « Static and Dynamic Market Individualism » in R. Halson (dir.), *Exploring the Boundaries of Contract*, Aldershot, Dartmouth, 1996, p. 48, p. 60.

⁸⁴ *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128, p. 138 ; R. Brownsword, *Contract Law, Themes of the Twenty-first Century*, *op. cit.*, p. 100.

une nation de commerçants⁸⁵. Dès lors que le contrat est considéré comme la reproduction d'une norme collective, le contrat en droit anglais est fondé sur le laisser faire et le non-interventionnisme étatique⁸⁶.

L'économie anglaise est fondée sur un marché libéral dérégulé alors que l'économie française (comme la plupart des pays européens) sur des économies contrôlées ou coordonnées⁸⁷. Le contexte économique de contrôle permet au juge d'utiliser le concept de bonne foi pour atteindre une justice distributive⁸⁸. Ainsi, en France, l'évolution de la bonne foi loyauté est liée à l'intervention judiciaire. Pour reprendre M. Benabent, l'utilisation généreuse de l'article 1134 al. 3 du Code civil correspond « à un changement d'attitude des juges moins respectueux de la volonté des parties et désireux d'introduire un contrôle de moralité et de justice dans le contrat. »⁸⁹ Ce mouvement de socialisation du contrat a été nécessaire après les tentatives de la doctrine au dix-neuvième siècle de dégager le contrat de toute appréciation morale⁹⁰. Dans ce sens, M. Mazeaud défend le « civisme contractuel » qui aurait pour devise « loyauté, solidarité, fraternité » rappel de la devise de la République française « liberté, égalité, fraternité » se trouvant dans l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Confortés par cet idéal solidaire, les juges français ont pu utiliser deux articles du Code civil pour défendre une vision solidaire voire altruiste du contrat. L'article 1156 du Code civil permet de privilégier l'intention des parties plutôt que la lettre du contrat et l'article 1134 alinéa 3 du Code civil pose le principe de la bonne foi. Le « civisme contractuel » ne s'est pas développé outre-Manche, puisque la monarchie, même démocratique, n'est pas représentée par l'ensemble des citoyens mais des sujets non solidaires. Le principe de fraternité ou solidarité n'existe pas en tant qu'idéal fédérateur de la société.

3 – Le rejet lié au rôle créateur du juge

Le développement du droit des contrats par les juges plutôt que par le législateur explique également le rejet de la greffe de la bonne foi en tant que principe général. La formation du Droit par le système du précédent n'a pas créé de principes généraux mais un ensemble de règles spéciales⁹¹. Le système du *precedent* est lié au développement des juridictions royales en *Common Law* et en *Equity*⁹². Ce droit jurisprudentiel s'est constitué à partir du

⁸⁵ H. Collins, « Good Faith in European Contract Law », *op. cit.*, p. 254.

⁸⁶ R. Brownsword, *Contract Law, Themes of the Twenty-first Century*, *op. cit.*, p. 125.

⁸⁷ G. Teubner, « Legal Irritants: Good Faith in British Law of How Unifying Law Ends Up in New Divergences », *op. cit.*, p. 26.

⁸⁸ M. Auer, « Good Faith: A Semiotic Approach », *op. cit.*, p. 291.

⁸⁹ A. Benabent, *Droit Civil, Les obligations*, *op. cit.*, n. 285 p. 214. Dans le même sens, R. Zimmermann et S. Whittaker (dir.), *Good Faith in European Contract Law*, *op. cit.*, p. 35-37.

⁹⁰ B. Reiter, « Good faith in contracts », *op. cit.*, p. 730 « *The reintroduction of good faith into descriptions of contract represents part of the process of the resocialization of contract law (of law generally) required after the nineteenth century's attempts to disembarrass contract of complicating elements of morality.* »

⁹¹ S. Styles, « Good Faith : a Principled Matter », in A. Forte (dir.), *Good Faith in Contract and Property*, *op. cit.*, p. 159.

⁹² H.-A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, « Le juge 'législateur' l'approche anglaise », *RID comp.* 1999, p. 1109.

*stare decisis*⁹³. Le *precedent* est devenu obligatoire au seizième siècle⁹⁴ et en même temps trois limites ont été posées à la liberté des juges de créer le droit : la hiérarchie des juridictions, le *ratio decidendi*, et la *distinction*. Tout d'abord, toute juridiction est liée par la décision de la juridiction qui lui est supérieure et par ses propres décisions⁹⁵. Ensuite, seul le *ratio decidendi* d'une décision est obligatoire⁹⁶. Enfin, la technique de la différenciation (*distinction*) permet au juge de distinguer les faits de deux espèces. Si les faits d'une nouvelle espèce diffèrent, même légèrement, de ceux de la solution antérieure, le juge peut alors démontrer que la règle énoncée ne peut pas s'appliquer aux faits nouveaux et qu'il est donc nécessaire d'en créer une nouvelle pour répondre à ce problème inédit. La *distinction* justifie l'importance accordée aux faits d'une espèce en droit anglais⁹⁷. Ainsi, pour des raisons historiques, les juges refusent de créer des principes généraux du Droit qui pourraient limiter leur rôle dans la reconnaissance de nouvelles règles. C'est pourquoi, les juges anglais ont une approche fragmentée du droit et n'ont jamais recherché la rationalisation des règles en principes généraux⁹⁸.

Un dernier argument expliquant le refus de développer une théorie solidariste du contrat est fondé sur la représentation sociale des juges. Il en dehors de cette étude de faire une analyse sociologique de la composition des magistratures française et anglaise, mais il faut cependant souligner que la formation des juges peut avoir un impact sur leurs décisions et sur leur volonté d'intervenir dans le contrat pour protéger les parties plus faibles. Il y a 3733 juges en Angleterre et Pays de Galles dont seulement dix huit pour cent de femmes⁹⁹. Les juges créateurs de droit qui se trouvent à Chambre des Lords ont en moyenne 68 ans et

⁹³ S. Bone (dir.), *Osborn's Concise Law Dictionary*, 9^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2001, V. *stare decisis* : « the "sacred principle" of English law by which precedents are authoritative and binding, and must be followed. »

⁹⁴ M. Zander, *The Law-Making Process*, 5^e éd., Londres, Butterworths, 1999, p. 240 ; J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, *op. cit.*, p. 197 et s.

⁹⁵ M. Zander, *ibid.*, p. 194 et s.

La *Court of Appeal* est liée par la Chambre des Lords ainsi que par ses propres décisions. La *High Court* est liée par les décisions de la *Court of Appeal*. Seule la Chambre des Lords n'est plus liée par ses propres décisions depuis 1966. *Practice Statement (Judicial Procedure)* [1966] 1 *WLR* 1234.

⁹⁶ Le *ratio decidendi* est la règle de droit appliquée aux faits d'une espèce pour résoudre le problème posé. L'*obiter dictum* a une valeur superfétatoire, car il ne concerne pas directement les faits pertinents de l'espèce, c'est une explication de fait ou de droit pour comprendre la décision. La place d'un argument comme *ratio decidendi* ou *obiter dictum* est relative, un *obiter* peut devenir *ratio decidendi* selon l'interprétation successive des juges et leur analyse des faits d'une espèce. M. Zander, *The Law-Making Process*, *op. cit.*, p. 262 et s.

⁹⁷ G. Samuel, « Entre les mots et les choses : les raisonnements et les méthodes en tant que sources du droit », *RID comp.* 1995, p. 509 ; S. Waddams, *Dimensions of Private Law, Categories and Concepts in Anglo-American Legal Reasoning*, Cambridge, CUP, 2003, p. 14.

⁹⁸ P. Legrand, *Le droit comparé*, *op. cit.*, p. 6. Dans le même sens, à propos de la bonne foi : E. McKendrick, « Good Faith : a Matter of Principle ? », in A. Forte (dir.), *Good Faith in Contract and Property*, *op. cit.*, p. 46.

Pour une analyse approfondie de la différence entre règle formelle et standard équitable voir : D. Kennedy, « Form and Substance in Private Law Adjudication », 89 *Harv. L. Rev.* 1685.

⁹⁹ Department of Constitutional Affairs, *Judicial Diversity : Findings of a Consultation with Barristers, Solicitors and Judges*, Janvier 2006, p. 7 ; http://www.judiciary.gov.uk/keyfacts/statistics/diversity_stats_annual/2006.htm (visité le 17 juillet 2006).

ceux de la Court of Appeal, 62 ans. En revanche, en France, il y a 5584 juges du siège dont la moitié de femmes¹⁰⁰, la moyenne d'âge est difficile à définir mais est plus jeune qu'en Angleterre (y compris à la Cour de cassation) puisqu'ils commencent et finissent leur carrière plus tôt, l'âge de la retraite étant 65 ans. De plus, la mixité sociale est plus importante en France qu'en Angleterre puisque l'accès à la profession se fait sur concours en France alors qu'en Angleterre seuls les *barristers* peuvent devenir juges après avoir exercé plusieurs années¹⁰¹. Par leur mode de sélection, les juges anglais sont plus âgés et plus conservateurs¹⁰² que leurs collègues français, et certainement plus enclins à respecter le mythe de l'autonomie contractuelle idéalisée par une économie libérale.

Conclusion

En conclusion, il faut rappeler premièrement que le terme bonne foi ou *good faith* a été transposé en droit anglais pour l'application de la Directive 93/13 sur les clauses abusives. Cependant, cette transposition est en sursis puisque la Commission de réforme législative envisage sa suppression dans le texte de simplification du droit des clauses abusives. Deuxièmement, la transposition du concept de bonne foi en tant qu'obligation de solidarité ou simple loyauté n'a pas eu lieu. Le rejet de cette greffe est justifié par les concepts fondateurs du droit anglais et de la société : une approche individualiste du contrat qui correspond à une vision libérale de l'économie que le juge refuse de limiter. Pour évaluer les raisons du succès ou de l'échec d'un transplant, il faut prendre en compte, non seulement le terme à comparer mais également la structure du droit, le rôle des juges dans la création et l'interprétation du droit, la structure économique du pays et enfin la représentation de la société dans son ensemble : individualiste ou solidaire.

¹⁰⁰ Conseil Supérieur de la Magistrature, *Rapport annuel 2004-2005*, <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/rapports-annuels/rapport2005/rapport2005.pdf>, p. 30.

¹⁰¹ Les *barristers* doivent pratiquer dix à quinze années avant de devenir juges. Les *solicitors* peuvent également devenir juges mais à des conditions d'accès plus restrictives. Enfin, les juges des juridictions inférieures (*Magistrates' court*) sont au nombre de 30.000 mais ne sont pas des professionnels et ne sont pas rémunérés. Ils n'ont pas de rôle créateur de Droit contrairement aux juridictions supérieures. S. Bailey *et al.*, *Smith, Bailey & Gunn on the Modern English Legal System*, 4^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2002, p. 251 n. 4-023 et s.

¹⁰² Department for Constitutional Affairs, « Judicial Diversity: Findings of a Consultation with Barristers, Solicitors and Judges, Final Report » janvier 2006, http://www.dca.gov.uk/publications/reports_reviews/jd_cbsj06.pdf, p. 13 et 14 (visité le 17 juillet 2006). « *Although acknowledged as a cliché, there was nevertheless a perception remaining of the judiciary as being composed of old, white, privately educated, middle/upper class men. It should be noted that the judiciary was not seen as one entity and the different courts were viewed differently. The High Court was felt to be comprised of older, male judges and the county courts and tribunals were felt to be more diverse and representative of society. [...] Amongst those 'in the know' (predominantly barristers) the perception was that the majority of senior judges came from the same few chambers; again, this simply reinforced the view that appointments were based on well established networks, as opposed to being open to all.* »

Le rejet de la bonne foi en droit anglais

Section I – La transposition de la Directive 93/13 EEC

A – Les problèmes de transposition de la Directive

1 – Les règles existantes

2 – La comparaison entre l'*Unfair Contract Terms Act 1977* et les
Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999

B – Le projet de réforme de la protection contre les clauses abusives

Section II – La transposition du concept de bonne foi

A – *Good faith et bonne foi* : « *open and fair dealing* »

1 – La conception procédurale : « *open dealing* »

2 – La conception substantielle : « *fair dealing* »

B – Le rejet de la greffe de la bonne foi

1 – le rejet lié à l'appréciation objective du contrat

2 – le rejet lié à la structure libérale de l'économie

3 – Le rejet lié au rôle créateur du juge

Conclusion