

**Lionel CAZAJUS**

***UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II)***

**LA PROTECTION DE LA CONFIANCE LEGITIME : ETUDE  
COMPAREE ATOUR DU CONTRAT**

***Sous la direction de Mme le Professeur Bénédicte FAUVARQUE COSSON***

**Magistère Juriste D'Affaires – DESS – DJCE  
Mai 2006**

L'Université Panthéon-Assas (Paris II), Droit - Economie - Sciences Sociales, n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

**LA PROTECTION DE LA CONFIANCE LEGITIME : ETUDE  
COMPAREE AUTOUR DU CONTRAT**

PLAN

Introduction

Titre 1. Nature de la protection de la confiance légitime

Chapitre 1. Les caractères généraux de la protection

Section 1. La double nature de l'estoppel

Section 2. Les particularités nationales

Chapitre 2. Les moyens particuliers de la protection

Section 1. L'exécution forcée en nature

Section 2. Les dommages et intérêts

Titre 2. Etendue de la protection de la confiance légitime

Chapitre 1. L'approche positive

Section 1. Le concept général de réparation

Section 2. Les applications en matière d'estoppel

Chapitre 2. L'approche normative

Section 1. Le *reliance interest* doit être la mesure de la réparation

Section 2. L'*expectation interest* doit être la mesure de la réparation

« Admettons que quelqu'un ait donné sa parole, verbalement, d'accomplir telle ou telle action, dont, du point de vue de l'exercice de son droit personnel, il pourrait s'abstenir. Ou au contraire qu'il ait donné sa parole de s'abstenir d'une action, qu'il pourrait accomplir. Cette parole reste valide seulement tant que la volonté de celui qui s'engageait ne change pas. En vérité, du fait qu'il détient la puissance de reprendre sa parole, il n'a nullement aliéné son droit, mais n'a engagé que des mots. Par conséquent, il suffit que cet homme, demeuré en vertu du droit de nature seul arbitre de ses actions, considère la parole donnée comme plus désavantageuse qu'avantageuse. Peu importe que cette appréciation soit ou non erronée, car l'être humain est faillible. Néanmoins, si, quant à lui, il estime que sa parole doit être reprise, il la reprendra d'un plein droit de nature »<sup>1</sup>.

Si, dans l'état de nature, chez Spinoza, l'homme est libre de dire et de se dédire comme bon lui semble, cet homme, dans un autre monde, constatera que le mot dit peut aliéner son droit. Cet autre monde est notre monde. Un monde où la raison humaine apprivoise l'esprit de l'homme. En droit positif, la raison oblige l'homme à tenir ses mots et aliène sa liberté, traditionnellement, par deux impératifs d'où découle l'*obligatoire* consacré par la loi. Ces impératifs sont le contrat et le délit. Le contrat oblige une volonté consentante à faire ce qui a été promis. Le délit oblige une volonté indifférente à réparer le dommage causé par son fait fautif. Aujourd'hui, dans le prolongement de la liberté aliénée, il y a le mot simple qui oblige. Cette parole qui suscite une confiance dans l'esprit d'autrui peut relever du champ toujours plus élargi de l'*obligatoire*. Ce mot dit n'est pas nécessairement un contrat. Et la confiance suscitée ne constitue pas forcément un dommage. On remarquera, contre Spinoza qui affirme que la parole reste valide seulement tant que la volonté de celui qui s'engageait ne change pas, que la parole peut rester valide bien que la volonté de celui qui s'engageait change. Autrement dit, sans contrat, l'homme peut ne plus avoir la puissance absolue de reprendre sa parole. La confiance en est la cause. Et cette cause est suffisamment originale pour susciter la curiosité.

---

<sup>1</sup> Spinoza, 'Traité de l'autorité politique', publié en 1677 dans les *Opera posthuma*, trad. franç. in Spinoza, Œuvres complètes, éd. La Pléiade, 1954, p 928 ; cité par F Terré, P Simler et Y Lequette, 'Les Obligations', (2002) 8<sup>e</sup> ed. Précis Dalloz, p 5.

Le concept de confiance est présent dans le droit positif de nombreux pays. On se limitera à deux grands ensembles : la common law et le droit civil. Au sein de ces ensembles, seuls la Grande-Bretagne, l'Australie, les Etats-Unis et la France retiendront notre attention. C'est dans cette perspective comparée que la notion de confiance sera étudiée.

Quelques remarques préliminaires s'imposent en guise d'introduction. D'abord, qu'est-ce que la confiance ? En common law, le terme est celui de *reliance* que l'on traduit généralement par respect des prévisions légitimes du créancier <sup>2</sup>. La confiance est une attente ou une croyance légitime dans les mots du débiteur. En droit anglais, australien et américain, la *reliance* trouve à s'exprimer dans le concept d'estoppel. L'estoppel attache des effets de droits à des comportements de nature à affecter autrui. Ces attitudes ou ces mots relèvent de l'obligatoire malgré la volonté contraire initiale et postérieure de leur auteur. Une personne ne peut plus se contredire dès lors qu'elle a suscité la confiance d'autrui. Selon H Muir Watt, « A la recherche de la portée de l'engagement voulu par son auteur est préférée celle de la perception du message par son destinataire, dont la protection est assurée dans la mesure exacte de la confiance accordée »<sup>3</sup>. L'estoppel interdit à une personne de se contredire lorsque la confiance a été suscitée. Les développements de l'estoppel et de la *reliance* sont liés aux caractéristiques propres du contrat qui, pour être obligatoire, nécessite l'existence d'une *consideration*. Sans contrepartie, une promesse n'est jamais contractuellement obligatoire. La *reliance* vient suppléer ce manque. Une personne qui promet sans contrepartie quelque chose à autrui, qui croit en la promesse faite, ne peut plus revenir sur sa parole ; elle est *estopped*, sous certaines conditions. Mais la *reliance* peut être indépendante de la notion d'estoppel. En matière de responsabilité, la *reliance* est un élément du dommage à réparer. Formulé en termes d'intérêts à protéger, le *reliance interest* est ce qui motive l'intervention du juge lorsqu'il octroie des dommages et intérêts. En matière délictuelle, cet intérêt, celui de la victime, est protégé lorsqu'elle est mise dans la situation où elle aurait été si le dommage n'avait pas été causé. En matière contractuelle, cet intérêt a été introduit par un important auteur américain, L L Fuller <sup>4</sup>, à côté de l'*expectation interest* et du *restitution interest*. En clair, la *reliance* ne peut pas être ici traduit par confiance. La traduction serait plutôt le terme de perte subie ; l'*expectation interest* étant le profit escompté. La *reliance* est donc, rattachée

---

<sup>2</sup> X Dieux, 'Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui', Bruylant, Bruxelles, (1995) n° 40.

<sup>3</sup> H Muir Watt, 'Reliance et définition du contrat', Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin, Dalloz (1999).

<sup>4</sup> L L Fuller et W Perdue, 'The Reliance Interest in Contract Damages' (1936) 46 Yale L.J. 52.

à l'estoppel, la confiance d'une personne qui est de nature à limiter la liberté d'autrui, et, rattachée à la responsabilité, la perte subie, c'est-à-dire une mesure de la réparation.

Ensuite, il faut relever que la place tenue par la confiance, la *reliance* rattachée à l'estoppel, n'est pas la même dans les pays étudiés. En France, par exemple, elle est une notion naissante susceptible de bousculer l'équilibre du système juridique<sup>5</sup>. En common law, elle n'est pas méconnue et a toute sa place. Etant donné que la confiance est pratiquement inconnue en France et très bien insérée dans le système de la common law, l'exemple de ce dernier sera le fil conducteur de notre étude. On partira toujours du modèle de l'estoppel. L'objectif principal de ces développements est de présenter de façon claire et relativement exhaustive l'estoppel en common law, ce qui n'empêchera pas quelques excursions dans le droit civil.

Enfin, le domaine de l'étude n'est pas tout l'estoppel. La première limite est le contrat. La confiance joue très certainement un rôle important en dehors de la relation contractuelle, dans la responsabilité délictuelle par exemple. Mais, le centre de gravité restera le contrat. Plus précisément, il s'agit ici d'une étude « autour » du contrat et non uniquement du contrat. Il faut en effet élargir le cercle d'investigation autour du contrat, et ce pour plusieurs raisons. La première tient à la *structure* de l'estoppel. Son fondement et ses caractères généraux sont discutés parmi les auteurs de common law ; le modèle de la *reliance* ne repose pas nécessairement sur un contrat, certains estiment qu'il emprunte en partie ses caractères au délit. Cette caractéristique peut avoir une influence sur le régime de la sanction, il faut en tenir compte. La deuxième raison tient au *contexte* de la mise en œuvre de l'estoppel. Souvent, l'estoppel est soulevé par une partie pour forcer l'auteur d'une promesse à conclure, maintenir ou modifier un contrat. Mais, l'estoppel peut aussi être utilisé dans une négociation pré-contractuelle, c'est-à-dire en dehors de tout contrat, avec pour résultat l'octroi de dommages et intérêts compensant un dommage. Le contrat est absent, mais il n'est jamais très loin puisqu'il reste la plupart du temps l'objectif à atteindre (conclusion, exécution, maintien du contrat) par, au moins, une partie.

La seconde limite commence avec la sanction. La notion d'estoppel, son identification, ses éléments constitutifs, sa place dans les ordonnancements juridiques et ses applications ne seront pas abordés ; seuls les éléments qui sont utiles pour la compréhension de la sanction

---

<sup>5</sup> H Muir Watt, 'Rapport de Synthèse' in L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, sous la direction de M Behar-Touchais (2001) ed Economica, p 181.

seront retenus. Mais qu'est-ce que la notion de sanction recouvre ? Dans le Vocabulaire Juridique de l'Association Henri Capitant <sup>6</sup>, on lit que la sanction est « en un sens plus large, toute mesure – même réparatrice – justifiée par la violation d'une obligation ». En l'espèce, l'obligation tourne autour de la confiance. Il faut faire ce qu'on a dit lorsque autrui croit légitimement en notre promesse. En d'autres termes, la promesse qui suscite la confiance d'autrui doit être exécutée. Dès lors, la sanction est toute mesure qui tend à protéger cette confiance, ou à la réparer. L'étude de la sanction consiste donc à se demander comment le droit protège la confiance. La question des conditions préalables à la protection (quand le droit protège la confiance ?) ne relève pas du domaine de la sanction mais des éléments constitutifs. La réponse à cette question (quand le droit protège la confiance ?) est en partie simple : le droit protège la confiance dès qu'elle est légitime, ou *reasonable*. Etant donné que l'on ne s'intéresse qu'à la sanction, c'est-à-dire à la protection de la confiance, la question de la légitimité de la confiance est secondaire. Là encore, on ne s'y intéressera que dans les hypothèses d'interférence de cette donnée avec la notion de sanction.

Résumons-nous : la sanction est toute mesure justifiée par la violation d'une obligation, l'obligation est l'exécution de la promesse par son auteur qui suscite la confiance légitime d'autrui, la violation consiste à ne pas s'exécuter ; la sanction intervient donc au niveau de la non-exécution et consiste en toute mesure susceptible de protéger la confiance, par exemple en obligeant l'auteur de la promesse à s'exécuter. L'estoppel qui conduit à l'exécution forcée est alors la sanction ; il n'est pas le fondement de la sanction qui est la confiance ou la *reliance* (dans le sens *reliance-estoppel* et non *reliance interest*). Les termes de sanction, protection de la confiance ou estoppel sont donc synonymes. On a choisi celui de protection de la confiance légitime.

L'étude de la protection de la confiance légitime est divisée en deux : la nature et l'étendue de la protection. Par nature, on comprend les caractères généraux de l'estoppel et les moyens particuliers de la protection. On tiendra compte de la particularité du droit français qui protège parfois la confiance, mais par d'autres voies que l'estoppel (estoppel qui n'existe pas formellement en droit civil). L'étendue de la protection consiste à se demander si la confiance qui fonde la sanction est la réelle mesure de la réparation. Autrement dit, est-ce que la protection du destinataire de la promesse ou d'un comportement est assurée dans la mesure

---

<sup>6</sup> G Cornu, 'Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant', Quadriges/PUF, éd mai 2000.

exacte de la confiance accordée ? Il faudra faire ici attention à ne pas confondre les deux sens du terme *reliance* lors de l'examen de la common law. La réponse passera nécessairement par une étude de la jurisprudence, étant entendu que le droit français est sur ce point plus difficile à cerner.

Commençons dès à présent l'étude de la nature (**Titre 1**) et de l'étendue (**Titre 2**) de la protection de la confiance légitime dans une étude comparée autour du contrat.



## **Titre 1. Nature de la protection de la confiance légitime**

La nature est ce qui définit en Droit une chose ou l'ensemble des critères distinctifs qui constituent cette chose en une notion juridique <sup>7</sup>. La chose en question est ici le concept de protection juridique. Les critères distinctifs de cette protection de la confiance légitime peuvent utilement être analysés selon une double logique. La première consiste à adopter un point de vue statique : il s'agit alors de présenter les caractères généraux de la protection. La seconde approche est plus dynamique et consiste à montrer comment cette protection de la confiance est mise en œuvre. Les critères distinctifs constituant la « chose » seront donc mis en évidence au niveau des caractères généraux (Chapitre 1) et de la mise en œuvre (Chapitre 2) de la protection de la confiance.

### **Chapitre 1. Les caractères généraux de la protection**

La protection de la confiance revêt un double caractère. Cette différenciation de nature trouve essentiellement son origine dans l'histoire de l'estoppel du droit anglo-normand. Bien que cette double nature soit un élément important (Section 1) dont il faut tenir compte dans la présentation du caractère général de la protection, ce dernier ne doit pas faire oublier que le tableau général est plus complexe, dans le détail. La texture de la protection n'est pas uniforme dans les différents pays étudiés (Section 2).

#### Section 1. La double nature de l'estoppel

La figure juridique qui est le point d'appui de cette étude est l'estoppel. Sa fonction principale est de protéger une confiance. Cette protection emprunte deux voies. La première est judiciaire, la seconde est juridique. L'estoppel a d'abord été utilisé comme une exception de procédure lors d'un procès (§ 1). Ce n'est qu'ensuite, qu'il est devenu un véritable instrument substantiel de protection (§ 2).

#### § 1. L'estoppel comme exception de procédure<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> G Cornu, 'Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant', Quadrige/PUF, éd mai 2000.

<sup>8</sup> *L'estoppel by representation* en Grande-Bretagne ; *L'equitable estoppel* aux Etats-Unis ; *common law estoppel* en Australie.

Cette exception de procédure peut être présentée en trois temps. D'abord, montrer son origine historique ; ensuite, caractériser son effet ; et enfin, déterminer son fondement. Seuls les traits les plus généraux et distinctifs sont ici abordés afin de gommer les références aux systèmes juridiques nationaux qui seront étudiés ultérieurement.

#### A. L'origine<sup>9</sup>

La notion d'estoppel trouve son origine et sa justification initiale dans le système probatoire anglais. Avant la conquête normande de 1066, ce système était dominé par le règne du *Judicium Dei*. Le serment, l'ordalie par le feu et par l'eau ou l'intervention divine étaient alors les seuls moyens de prouver sa vérité (on ne peut parler ici de droit). La première forme d'estoppel semble être apparue avec Guillaume Le Conquérant et la *Curia Regis*. Le rôle de cette dernière était notamment d'administrer la justice, de promulguer ou d'identifier certains actes publics ou privés. Les parties pouvaient demander à la Cour d'enregistrer et de conserver les actes établis devant elle afin d'éviter des contestations ultérieures. Au départ orale, cette conservation devint écrite. Ces documents revêtus du sceau royal établissaient la vérité de leur contenu. La présomption était irréfutable. Il n'était pas possible d'avérer, de prouver ou de plaider à leur encontre. On dénomma cette interdiction *estoppel by record* (dérivé du latin *recordor* : « je me souviens »). Ce moyen de preuve par *record* se développa avec l'extension du pouvoir du Roi et des Cours royales. C'était alors le règne du formalisme juridique. Une partie ne pouvait contester le contenu du document ; elle était *estopped*. L'estoppel est ici l'effet de la preuve par *record*.

Ce système fut élargi aux contrats solennellement passés sous le sceau des parties : le *deed*. Les formalités qui marquaient un tel acte expliquent l'autorité dont il bénéficiait. *L'estopped by deed* découlait de la force probante absolue du *deed*. Une autre catégorie d'actes, les *acts in pais*, donna lieu au développement d'une nouvelle forme d'estoppel. Ces actes relatifs à des transactions immobilières étaient ainsi nommés car ils avaient lieu en public, devant les voisins, et sur le lieu même où se trouvait l'immeuble, objet de la transaction. Orale, la transaction bénéficiait ici aussi d'une présomption irréfutable de vérité grâce au témoignage

---

<sup>9</sup> Cette brève présentation historique est tirée du livre de A Martin, 'L'Estoppel en droit international public : précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais', Paris : A. Pedone, 1979, p 10, pour plus de détails, cf. les références citées.

des gens. L'effet de ce mode de preuve était de rendre *estopped* une partie contestant la réalité de la transaction.

La règle de l'estoppel fut critiquée aux XVIIIe et XIXe siècles en raison de sa rigueur. En réalité l'objet de ces critiques était le formalisme excessif qui prévalait. Avec le développement des juridictions d'*equity*, à mesure que le droit mettait l'accent sur le contenu des actes plutôt que sur leur forme, on assista à une transformation progressive des trois formes de l'estoppel.

L'*estoppel by record* fut reconnu aux décisions régulières autres que les cours royales (notamment à la Cour de la Chancellerie). Parallèlement l'*estoppel by record* ne découlait plus de la forme de l'acte mais de son contenu, et il fit place à un estoppel plus général : *estoppel by res judicata*. L'évolution de la forme (l'*instrumentum*) vers le fond (le *negotium*) marqua aussi l'*estoppel by deed* qui pouvait résulter de tout contrat, même non scellé, et, sous certaines conditions, de toute déclaration écrite, même sans forme. Le développement de l'*estoppel by matter in pais* fut des plus importants. Il fut étendu aux transactions mobilières et il put découler de simples déclarations de volonté dépourvues de forme, de certaines présentations des faits, lorsqu'on pouvait raisonnablement en inférer qu'elles correspondaient à la réalité des points énoncés. Cette évolution fut possible grâce à l'intervention de l'*equity*. Il était considéré juste et équitable d'empêcher l'auteur de ces *representations* de dénier leur vérité car elles bénéficiaient d'une force probante absolue.

Suite à cette évolution il est apparu une distinction entre deux types d'estoppel : l'un se rapportant à la force jugée des décisions de justice (*estoppel by record* ou *estoppel by res judicata*) et l'autre à la manifestation de volonté (*estoppel by representation* qui vient de l'*estoppel by deed* et de l'*estoppel by matter in pais*).

Bien évidemment, seul le second type sera étudié. Le premier, qui concerne l'autorité de chose jugée des décisions de justice, n'a aucun lien avec la sanction de la confiance légitime trompée.

#### B. L'effet de l'*estoppel by representation*

La *representation* est, de manière générale, une déclaration qui affirme la vérité des faits qu'elle décrit. C'est une affirmation factuelle pré-contractuelle de nature à exercer une influence sur une partie.

Cette forme d'estoppel, comme le bref rappel historique le montre, est une règle de procédure qui opère dans le droit de la preuve. L'estoppel est la sanction. Il sanctionne la contradiction d'une partie en l'empêchant de dénier lors d'une procédure judiciaire la réalité de ce qu'elle a auparavant dit ou fait<sup>10</sup>. L'estoppel est un bouclier qu'une partie peut soulever en justice pour empêcher l'autre partie de revenir sur ses *representations* antérieures. La sanction que constitue l'estoppel est une sanction procédurale, de forme et de preuve. Elle opère de façon permanente. Ce qui signifie que l'auteur de la *representation* ne peut plus dire le contraire de ce qu'il a affirmé, à jamais.

Selon la doctrine classique<sup>11</sup>, en principe, cette notion ne peut pas fonder une action en justice. Elle n'est qu'un « bouclier ». Il ne faut pas confondre l'*estoppel by representation*, moyen de défense, et la *representation* qui lui donne naissance et qui peut, elle, devenir la cause d'une action dans certaines circonstances<sup>12</sup>. D'où l'image du bouclier, par opposition à l'épée qui peut fonder une action en justice. Ainsi, la notion ne peut être invoquée qu'au cours de la procédure judiciaire, une fois le litige porté devant le juge, et ne peut former le fondement même d'une action. Une partie ne peut pas, sous prétexte que l'auteur d'une *representation* est empêché (*estopped*) de la contester en justice, intenter une action contre lui en s'appuyant sur l'estoppel.

Ce n'est pas le lieu ici d'examiner en détail les éléments constitutifs de la notion qui varient selon les pays. Pour s'en tenir à des généralités on peut dire que la partie qui invoque l'*estoppel by representation* doit 1) établir l'existence d'une *representation* claire et non-ambiguë portant sur des faits présents ou passés, selon le droit anglais les déclarations d'intention sont hors du champ de cet estoppel, 2) prouver que cette *representation* a incité à agir, ou à s'abstenir d'agir, et que cette personne a effectivement agi sur la foi de cette

---

<sup>10</sup> Pour une définition anglaise : "The basic principle is that a person who makes a representation of existing fact which induces the other party to act to his detriment in reliance on the representation will not be permitted subsequently to act inconsistently with that representation". E McKendrick, 'Contract Law', 5th edition Palgrave Macmillan, 2003, p 114

<sup>11</sup> Cette doctrine a été critiquée par P S Atiyah, 'Misrepresentation, Warranty, Estoppel', 'Essays on Contract', (2001) OUP, p 305 et s., elle s'applique uniquement au droit anglais.

<sup>12</sup> G S Bower, A K Turner, 'The Law Relating to Estoppel by Representation', 2<sup>nd</sup> Butterworths 1966 p 10

dernière, 3) démontrer qu'il en est résulté une modification préjudiciable de sa position, 4) établir qu'une seconde *representation*, qui la conduit à invoquer l'estoppel, est émise par l'auteur de la *representation* initiale, se rapporte aux mêmes faits que celle-ci et la contredit, l'infirmes ou la modifie sur un point essentiel<sup>13</sup>. L'élément important est la confiance ou croyance (*reliance*). La preuve en est rapportée par le fait que le destinataire de la *representation* modifie sa position. L'estoppel est donc bien un instrument de sanction de la rupture de la confiance. Cette sanction est particulièrement vigoureuse puisqu'elle immobilise la volonté première (révélée par la *representation*) d'une personne en l'empêchant de se contredire. En agissant comme un instrument de sanction, l'estoppel est un moyen efficace pour préserver cette confiance.

### C. Les fondements

La nécessité de déterminer le fondement théorique de cet estoppel est moins pressante que pour la seconde catégorie d'estoppel (l'estoppel substantiel). D'abord, cette question est moins essentielle car cet estoppel est ancré dans une histoire connue et longue. Sa place dans le monde du droit et du procès est, d'une certaine façon, légitimée par le poids de la tradition dans les pays de common law. Ensuite, son effet est simple : maintenir ce qui a été dit. Une partie peut empêcher une autre de revenir sur sa déclaration des faits lors d'un procès. La sanction est évidente et suscite peu de débats. Aucun dommages et intérêts ne peut être octroyé. Ce qui n'est pas le cas pour l'autre type d'estoppel où la frontière entre le contrat et le délit n'est pas évidente. Cette ambiguïté entretient une incertitude sur le régime de la réparation ; d'où une nécessité plus grande pour en déterminer le fondement. Ici, non seulement l'estoppel ne peut pas être la cause d'une action, mais en plus la sanction se prête mal à l'évaluation. Il s'agit d'immobiliser le demandeur à l'action. C'est la politique du tout ou rien : soit la *représentation* initiale est prouvée et incontestable (verrouillage de *l'estoppel by representation*), soit elle ne l'est pas et son auteur peut se contredire.

Mais le constat du poids de la tradition n'est pas, et ne doit pas être, suffisant pour expliquer un concept. L'approche historique ne peut faire l'économie d'une réflexion sur la cohérence *actuelle* de cette forme d'estoppel. De plus, comme on le verra lors de l'étude de la mise en œuvre de la sanction, la présentation de l'effet de l'estoppel ne rend pas parfaitement compte

---

<sup>13</sup> G S Bower, A K Turner, 'The Law Relating to Estoppel by Representation', 2<sup>nd</sup> Butterworths 1966 p 25.

de la réalité. La recherche du fondement n'est donc pas inutile pour comprendre les éventuelles limites de mise en œuvre. Est-il possible que l'auteur de la *representation* puisse se contredire en partie ?

Les auteurs de common law ont peu réfléchi sur cette question. La réflexion est bien plus foisonnante sur l'autre type d'estoppel. Un auteur français a proposé trois fondements possibles<sup>14</sup> : la théorie de la bonne foi, de la responsabilité délictuelle et du contrat implicite.

La théorie de la bonne foi. Selon cet auteur, la contradiction dans les déclarations ou les actes et les attitudes d'une personne qui ont conduit une autre personne à agir à son détriment sont incompatibles avec la bonne foi. La sanction reposerait sur cette notion. La personne n'est pas de bonne foi lorsqu'elle se contredit donc elle est sanctionnée. Des tribunaux anglais ont fait application indirectement de cette notion au travers de l'adage latin *Allegans contraria non audiendus est* qui est supposé être une application de la bonne foi<sup>15</sup>. La bonne foi se rattache ici au comportement de l'auteur de la *representation*. Mais la notion protège aussi la bonne foi du destinataire. Les conditions de sa mise en œuvre permettent de distinguer entre les destinataires de bonne et de mauvaise foi. On regarde s'il était raisonnable de croire au contenu de la *representation*. Cette appréciation nécessairement subjective de la bonne foi conduit à se demander si cette théorie ne constitue pas en réalité le fondement moral de l'estoppel. L'auteur doute alors que la bonne foi soit génératrice d'obligations.

La théorie de la responsabilité délictuelle. La faute est la *representation* initiale faite par son auteur. Le dommage est le fait pour le destinataire de modifier sa position à son détriment à cause de la *representation*. La réparation consiste alors à maintenir la *representation*. Mais l'estoppel est une règle de preuve. Que l'auteur de la *representation* soit coupable ou non n'est pas important. Il ne faut pas confondre l'estoppel, moyen de défense consistant en l'irrecevabilité des rétractions, et la *representation* qui lui donne naissance et qui peut constituer en même temps une *misrepresentation* (un délit autonome entraînant la responsabilité de son auteur).

---

<sup>14</sup> J Dargent, 'Une Théorie originale du droit anglais en matière de preuve, "La Doctrine de l'Estoppel"', cité par A Martin, 'L'Estoppel en droit international public...' cf. supra.

<sup>15</sup> Par exemple : *Cave v. Mills* (1862), 7 H. & N. 913

La théorie du contrat implicite. L'auteur admet qu'un engagement implicite puisse être conclu. Ce contrat implicite est déduit du fait que les deux parties ont manifesté leur intention en émettant une *representation* et en agissant sur la foi de cette dernière. La vérité des faits est ici conventionnelle et donc intangible. L'interdiction de se contredire trouve ainsi son fondement dans la théorie de la volonté.

## § 2. L'estoppel comme sanction substantielle<sup>16</sup>

De la même manière que pour l'estoppel de procédure, l'effet et le fondement de l'estoppel substantiel sont présentés dans ce qu'ils ont de plus caractéristique et général. Il est impossible d'aborder l'origine de cet estoppel sans empiéter sur les particularismes nationaux. Par conséquent, l'étude de ce dernier point est remise à plus tard.

### A. Les effets

A l'origine l'estoppel n'est pas un principe générateur ou translatif de droits et d'obligations. Il n'est pas une règle de droit matériel mais seulement un moyen de défense et une règle de preuve. Cet aspect est commun aux pays de common law étudiés (Grande Bretagne, Etats-Unis, Australie). Avec le temps, cette forme primitive d'estoppel a évolué. Il est difficile d'évoquer cette évolution de façon générale car l'histoire de ces pays est originale<sup>17</sup>. Le principe général concernant l'effet est qu'une personne ne peut revenir sur une promesse qu'elle a faite ou des assurances qu'elle a données à une autre personne, si cette dernière a modifié sa position en agissant sur la foi de cette promesse ou de ces assurances. L'estoppel sanctionne une incohérence en empêchant une personne de se contredire. Une des différences avec l'*estoppel by representation* est que la personne émet une promesse quant à un comportement futur et ne représente pas des faits. Il s'agit d'une *promise* et non d'une *representation*<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> L'expression recouvre différentes dénominations : en Grande-Bretagne, la liste est longue : *proprietary estoppel* et *promissory estoppel* sont les plus connus ; aux Etats-Unis, c'est le *promissory estoppel* ; en Australie, l'*equitable estoppel*.

<sup>17</sup> Les spécificités nationales sur cette question seront étudiées ultérieurement.

<sup>18</sup> Sur la différence, E McKendrick, 'Contract Law', 5th edition Palgrave Macmillan, 2003, p 276 : 'A promise may be defined as a statement by which the maker of the statement accepts or appears to accept an obligation to do or not to do something. A representation, on the other hand, is a statement which simply asserts the truth of a given state of facts'.

De manière schématique on peut ainsi présenter les cas de figure. Au départ il y a une relation de confiance suscitée par la promesse. Ultérieurement cette relation tourne mal. La confiance est trahie car l'auteur de la promesse revient sur ce qu'il a dit ou ne fait pas ce qu'il a promis. Il se contredit. A partir de là, deux hypothèses sont envisageables. Soit le droit, sous certaines conditions, reconnaît a posteriori l'existence d'un contrat entre les parties (sanction directe) conclu lors de l'émission de la promesse et de son acceptation par la partie qui agit sur la foi de cette dernière. Soit le droit sanctionne la rupture de la relation de confiance qui constitue un fait juridique jugé illégal (sanction indirecte). La contradiction est une faute qui cause éventuellement un dommage<sup>19</sup>.

Dans le premier cas, le débiteur est tenu de s'exécuter. Il est tenu car un acte juridique a été conclu, malgré lui. S'il refuse d'agir conformément à la promesse, s'il se contredit ultérieurement, il est en faute car il a rompu un engagement imposé par la loi. Cette rupture est alors un fait constitutif d'une inexécution contractuelle. La notion d'estoppel intervient à un double titre : d'abord au niveau de la formation du contrat. Elle verrouille une relation de confiance. Elle consacre l'existence d'un contrat sans contrepartie pour l'auteur de la promesse<sup>20</sup>. Elle répare directement une confiance légitime trompée en donnant au créancier ce qu'il pensait avoir : un contrat, une certitude. Ensuite, si le débiteur ne s'exécute pas, le droit commun de la rupture d'un engagement contractuel prend le relais. L'estoppel est ici la cause de la seconde sanction<sup>21</sup>. Le juge prononce l'exécution forcée en nature ou par équivalent. Ainsi la théorie de l'estoppel conduit à sanctionner, en aval, un fait (la rupture) qui trouve son fondement dans un acte juridique imposé (le contrat forcé) en amont à titre de sanction. Selon cette approche hypothétique, l'estoppel est une sanction à double détente.

Le fait juridique peut aussi, c'est l'hypothèse alternative, intervenir en dehors de toute relation contractuelle. Il est une faute qui ne trouve pas son fondement dans la rupture d'un contrat. L'estoppel n'a pas un fondement contractuel, bien que souvent il soit mis en œuvre autour d'une relation contractuelle naissante ou existante. La faute consiste à se contredire au détriment d'autrui. Il est une cause de responsabilité autonome, dans la mesure où il cause un

---

<sup>19</sup> La question du dommage consiste à se demander si la *reliance* doit être *detrimental* ou non.

<sup>20</sup> Sur le fait que la 'detrimental reliance' subie par le 'promisee' n'est pas le 'detriment' de la 'consideration' : P Benson, 4 *The Unity of Contract Law, The Theory of Contract Law: New Essays* (New York: Cambridge University Press, 2001), p 171

<sup>21</sup> P S Atiyah, 'Essays on Contract', (2001) OUP, p 312 : l'analyse porte sur l'*estoppel by representation* mais elle peut très bien être transposée au *promissory estoppel*.



dommage à une personne. Le régime de la réparation est alors celui de la responsabilité délictuelle.

Pourquoi est-ce une sanction substantielle ?<sup>22</sup> *L'estoppel by representation* a pour fonction d'empêcher la preuve de certains faits. Comme l'a énoncé un auteur anglais, c'est une règle de preuve qui empêche de façon permanente l'auteur de la *representation* d'affirmer ou de prouver des faits qui sont contraires à sa propre *representation*<sup>23</sup>. Pour comprendre la nature de la sanction résultant de la mise en œuvre de l'estoppel « substantiel », il faut au préalable dire deux mots de la force obligatoire du contrat en common law. La théorie classique développée au XIXe siècle enseigne qu'un contrat ne peut créer d'obligations que si le créancier a conféré un bénéfice ou subi un préjudice considéré comme le prix convenu au contrat : c'est la théorie de l'échange réciproque des prestations (*the bargain theory of consideration*). Cette théorie de la *consideration* dispose qu'aucune obligation ne peut exister pour la seule raison qu'une partie a eu confiance en une promesse qui lui a causé un préjudice (*detrimental reliance*) si cette confiance mal placée ne peut être considérée comme le prix de l'obligation. Cette théorie s'inscrit dans le cadre d'une philosophie politique qualifiée par Morris Cohen de « *contractualism* ». Selon cet auteur, le « *contractualism* » en droit, c'est à dire l'idée selon laquelle dans un système juridique idéal toute obligation ne découle que de la volonté de l'individu contractant librement, repose non seulement sur la théorie de l'autonomie de la volonté mais aussi sur la doctrine politique selon laquelle toute entrave est mauvaise et qu'un bon gouvernement est un gouvernement qui intervient le moins possible. Ceci en retour est à rapprocher de l'optimisme économique classique qui postule l'existence d'une harmonie pré-établie entre le bien de tous et la poursuite par chacun de son intérêt égoïste<sup>24</sup>. Une personne qui fait une promesse à une autre ne peut être tenue, selon cette conception de l'obligation, pour la seule raison que cette promesse a été crue par l'autre partie qui agit en fonction de son contenu à son détriment. Le préjudice subi par le bénéficiaire de la promesse n'est pas une cause valable de l'engagement de l'auteur de la promesse car il ne bénéficie pas à ce dernier. A quel niveau intervient l'estoppel ? La théorie de l'estoppel va conférer un effet juridique à une promesse qui n'est pas causée (*unsupported by*

---

<sup>22</sup> On part ici de l'hypothèse que l'estoppel donne lieu à un contrat. L'hypothèse peut bien évidemment être contestée dans la mesure où un droit national reconnaît plutôt l'existence d'un délit. Cette discussion revient à débattre du fondement d l'estoppel. Ces questions du fondement et du choix national seront étudiées ultérieurement. L'objectif de ce développement est seulement de montrer le caractère substantiel de la sanction par opposition à la sanction formelle.

<sup>23</sup> E McKendrick, 'Contract Law', p 114, *supra*

<sup>24</sup> M R Cohen, 'The Basis of Contract' (1933) 46 Harvard Law Review 553.

*consideration*). Le débiteur devra s'exécuter, même s'il ne reçoit rien en retour, car il a provoqué la confiance du destinataire qui, en principe, a agi à son détriment.

La promesse confère un droit. Son auteur ne peut plus revenir sur sa parole car il est empêché par la mise en œuvre de l'estoppel. L'estoppel contraint l'auteur de la promesse à faire ce qu'il a promis. La théorie est donc bien une sanction substantielle. Elle revêt le caractère d'un principe générateur ou translatif de droits et d'obligations et dépasse son simple rôle de moyen de défense pour constituer éventuellement le fondement même d'une action. Dans le cas de l'*estoppel by representation* l'auteur de la *representation* ne peut pas contester un état de fait qu'il a préalablement confirmé ; avec l'estoppel « substantiel » l'auteur de la promesse ne peut pas ne pas faire ce qu'il a promis. Dans le premier cas il n'y a aucun transfert de droits et d'obligations, dans le second cas ce transfert s'opère. C'est là l'aspect substantiel de la sanction.

On est parti de l'hypothèse du contrat mais cette prise de position peut être à raison critiquée car le délit n'est jamais très loin. C'est tout le problème du fondement de cet estoppel.

## B. Les fondements

Les différents droits nationaux combinent plus ou moins l'approche contractuelle et délictuelle. Le choix entre l'acte et le fait, entre le contrat et le délit, est problématique. Avec l'estoppel, un contrat peut être formé sans que les effets juridiques aient été voulus par le débiteur. Dès lors, le débiteur, souscrit-il un engagement contractuel ou commet-il un délit ? L'estoppel est-il un concept plutôt contractuel ou délictuel ? Ou bien un concept mixte ? L'enjeu de la classification doit être mis en évidence avant de présenter les réponses possibles en se posant la question simple de la raison d'être de la théorie de l'estoppel.

### 1° L'enjeu de la détermination du fondement : la classification

Pourquoi classer ?

D'un point de vue théorique, localiser une théorie ou une jurisprudence particulière au sein du droit des obligations (et débattre de cette localisation) aide à comprendre la nature de cette théorie et sa relation avec les autres figures juridiques. La recherche de la cohérence du

système juridique facilite cette compréhension. Il en découle un droit plus simple à mettre en œuvre.

L'intérêt pratique de la classification, en ce qui nous concerne, est de déterminer quel principe doit s'appliquer pour sanctionner, sous conditions, une incohérence. Quelles sont les voies de la réparation, quel intérêt faut-il protéger, à quelle hauteur ? Classer la relation forcée (le promettant est *estopped*, il doit fournir ce qu'il a promis) sous la rubrique contractuelle ou délictuelle n'est pas neutre puisque le régime de la réparation diffère selon qu'il s'agisse de la rupture d'un contrat (souvent, le contrat forcé n'est pas exécuté, l'estoppel aboutit alors à une responsabilité pour inexécution) ou de la commission d'un délit civil. Formulé dans les termes de la common law, le problème est de savoir si l'objectif de la sanction (*remedies*) consiste à octroyer le gain manqué (*expectation interest*) ou à compenser la perte supportée (*reliance interest*, on remarquera qu'ici la *reliance* ne signifie pas confiance). Le lien entre la sanction (l'estoppel) et son fondement a été mis en avant de façon très nette par E. McKendrick pour qui la base théorique de l'estoppel reste un problème majeur et explique pourquoi les juges ont des difficultés à déterminer la sanction (*remedy*) appropriée<sup>25</sup>.

Où classer ?

Il existe un grand nombre de théories, et peu de consensus sur la localisation que doit recevoir la théorie de l'estoppel. Des auteurs ont ressenti le besoin de développer une taxonomie cohérente ou une carte du droit des obligations<sup>26</sup>. Ils identifient deux moyens de classer le fondement d'une action. Le premier consiste à regarder l'origine de l'obligation ou la source de la responsabilité. Le second s'intéresse au contenu ou aux modalités par lesquelles la responsabilité est établie<sup>27</sup>. Pour classer, il faut donc trouver un fondement.

2° Le choix du fondement

La littérature (anglaise, américaine et australienne) sur le sujet est abondante. Il est possible de la résumer en présentant six grands fondements<sup>28</sup>. Les pays combinent et parfois mélangent

<sup>25</sup> E McKendrick, *Contract Law, Text, Cases and Materials*, Oxf.U.P. (1 mai 2003), p 267.

<sup>26</sup> N J Mc Bride, "A Fifth Common Law Obligation" (1994) 14 *Legal Studies* 35 ; P Birks, "Equity in the Modern Law : An Exercise in Taxonomy" (1996) 26 *UWALR* 1

<sup>27</sup> Il y a une troisième possibilité : A S Burrows, « Contract, Tort and Restitution – A Satisfactory Division or Not » (1983) 99 *LQR* 217 p 217-9: proposant de déduire la nature de l'obligation de la sanction (*remedies*).

<sup>28</sup> E McKendrick, 'Contract Law, Text, Cases and Materials', supra, p 263. Le fondement contractuel est développé.

ces aspects dans le sens où l'estoppel est parfois à cheval entre plusieurs fondements. Les prises de positions nationales ne seront pas ici étudiées.

Le premier fondement est contractuel. L'effet est alors de conférer à la promesse force exécutoire (*enforceable promise*). L'estoppel fonctionne comme une alternative à la doctrine de la cause (*consideration*) car la promesse est exécutoire en raison de la confiance suscitée et portant préjudice au destinataire de la promesse, même si ce dernier n'a fourni aucune prestation au promettant. L'estoppel a donc un double aspect puisqu'il constitue le fondement possible de la force obligatoire du contrat dans le sens où il protège une confiance mais fonctionne aussi comme une sanction. Cette approche est aussi connue sous le nom de théorie de la promesse (*promise theory*)<sup>29</sup>. Selon P. Birks, l'estoppel a depuis le début consisté en des promesses ayant force obligatoire. C'est pour cette raison qu'il n'est pas nécessaire de l'appeler estoppel. Dans la mesure où les promesses résultant de la confiance trompée (*detrimental reliance*) ont force obligatoire, il est devenu évident que ces promesses sont des contrats lorsqu'elles sont établies par acte authentique (*made by deed*), causés (*supported by consideration*) ou crues au détriment de leur destinataire (*relied on to the detriment of the promisee*)<sup>30</sup>. Pour d'autres auteurs, seul compte la qualité et la preuve de l'engagement du promettant<sup>31</sup>. De même, pour B Mescher, la condition de l'intention de créer une relation de droit serait le seul critère déterminant quelle promesse a force obligatoire<sup>32</sup>. R E Barnett propose, lui, de fonder toute responsabilité contractuelle sur la volonté d'une partie de transférer un droit qui est aliénable ; et ce consentement au transfert doit être apprécié en fonction de l'intention de cette partie d'être tenue par sa promesse<sup>33</sup>. La conséquence pratique est que la sanction adéquate, de nature contractuelle, vise à protéger l'attente légitime du créancier, à octroyer le gain manqué.

La position de P S Atiyah est originale. S'il estime que la doctrine de l'estoppel a pour fonction de conférer force obligatoire à la promesse, comme le contrat, et que le domaine du

---

<sup>29</sup> A Robertson, "Situating Equitable Estoppel Within the Law of Obligations", (1997) 19 Sydney Law Review 32 p 41. B Mescher, 'Promise Enforcement by Common Law or Equity ?' (1990) 64 Australian Law Journal 536. E Yorio and S Thel, 'The Promissory Basis of Section 90' (1991) 101 Yale Law Journal 111. R E Barnett, 'A Consent Theory of Contract' (1986) 86 Columbia Law Review 269. D A Farber and J H Matheson, 'Beyond Promissory Estoppel : Contract Law and the Invisible Handshake' (1985) 52 U Chic LR 903. P S Atiyah, 'An introduction to the Law of Contract' (1995). P Birks, "Equity in the Modern Law : An Exercise in Taxonomy" (1996) 26 UWALR 1.

<sup>30</sup> P Birks, p 63, supra.

<sup>31</sup> E Yorio and S Thel, p 167, supra.

<sup>32</sup> B Mescher, p 562, supra

<sup>33</sup> R E Barnett, p 291, supra.

droit des contrats doit s'étendre pour englober les cas actuellement intégrés dans la doctrine de l'estoppel, il n'invoque pas pour autant la théorie de la promesse pour supporter ces propositions. Selon lui, le contrat doit reposer sur la notion de confiance trompée (*detrimental reliance*)<sup>34</sup>. La théorie de la *consideration* n'est qu'un faux concept<sup>35</sup>. Les juges auraient une approche beaucoup plus pratique quant à la formation et à l'exécution du contrat. La *considération* ne serait rien d'autre qu'une « raison » pour forcer le contrat. La *consideration* est bonne lorsque la raison est suffisante. Ainsi, il plaide pour une fusion du contrat et de l'estoppel en invoquant la confiance et non la promesse comme fondement de la force obligatoire. Ici la sanction ne vise plus à protéger les attentes légitimes (*expectation interest*) mais uniquement la confiance trompée ou les pertes éprouvées (*reliance interest*)<sup>36</sup>.

Le deuxième fondement est une déclinaison de l'approche contractuelle pure. L'estoppel peut être le fondement d'une action en exécution forcée de la promesse et ressembler à un contrat mais l'estoppel n'est pas le fondement contractuel d'une action. L'estoppel n'est pas un contrat, ou plutôt ne conduit pas à la reconnaissance rétroactive d'un contrat, car la violation d'une promesse n'est pas suffisante pour mettre en mouvement la sanction. Il faut en plus une conduite déraisonnable (*unconscionable*) ou une confiance trompée (*detrimental reliance*). C'est plutôt la confiance qui rend la promesse obligatoire que la promesse qui rend la confiance possible<sup>37</sup>.

Le troisième fondement consiste à ranger la théorie de l'estoppel dans le domaine du délit en raison de la référence au comportement déraisonnable du promettant. Mais il ne s'agit pas du délit de la common law, car l'estoppel est une doctrine d'équité. L'analyse adopte le point de vue du défendeur, i.e on s'intéresse au comportement du promettant. La difficulté tient à l'identification du délit commis par le promettant. Selon certains, il n'y a pas d'autres comportements déraisonnables que celui de ne pas tenir sa promesse<sup>38</sup>. Ici, la sanction vise à compenser le bénéficiaire de la promesse des pertes subies résultant de la confiance légitime trompée.

---

<sup>34</sup> Chez P S Atiyah, le terme de *detrimental reliance* doit être compris comme la confiance qui conduit une partie à subir des pertes.

<sup>35</sup> P S Atiyah, 'Consideration : A Restatement', *Essays on Contract*, OUP, p 181.

<sup>36</sup> P S Atiyah, , 'Consideration : A Restatement', *Essays on Contract*, OUP, p 238-40.

<sup>37</sup> Edelman, 'Remedial Certainty and Remedial Discretion in Estoppel after Giumelli' (1999) 15 *Journal of Contract Law* 179.

<sup>38</sup> P Birks, p 64, *supra*.

Le quatrième fondement voit l'estoppel comme un moyen de restituer un enrichissement sans cause (*reversal of unjust enrichments*). Prenons le cas, par exemple, d'une personne qui possède un terrain et qui promet de le céder à titre gratuit en partie à un tiers. Ce tiers construit une maison sur cette partie de terrain en croyant à cette cession. La personne revient sur sa promesse et refuse de céder le bout de terrain. Autoriser la personne à revenir sur sa promesse c'est l'autoriser à s'enrichir au détriment du tiers car ce dernier a construit une maison sur le terrain pour rien. Dans ce cas, les juges octroient généralement au tiers une compensation, et l'estoppel a souvent été ce remède. Mais le fondement de l'enrichissement injuste n'explique pas la sanction adoptée lorsque la partie ne s'est pas enrichie. Cette théorie ne vaut que lorsqu'il y a d'un côté un appauvrissement et de l'autre un enrichissement<sup>39</sup>.

Le cinquième fondement est moins précis. Il postule que la cause de l'action repose sur la notion d'équité<sup>40</sup>. Par conséquent la sanction est nécessairement flexible et relève du pouvoir discrétionnaire du juge. Mais cette approche ne révèle rien sur le fondement de l'estoppel. Elle ne se préoccupe que de l'évaluation de la sanction.

Enfin, un auteur décrit le fondement de l'estoppel comme un devoir de s'assurer du sérieux des propositions suscitant la confiance d'autrui (*a duty to ensure the reliability of induced assumptions*)<sup>41</sup>. Ce devoir se décompose en deux obligations. La première est que la partie qui propose doit éviter de causer un dommage à celui qui a confiance. Le dommage consiste à se retrouver en plus mauvaise posture en raison de la proposition qui s'est révélée injustifiée. La seconde obligation oblige la partie qui propose et qui suscite la confiance à réparer le dommage qu'elle aurait pu éviter. C'est une théorie du « degré ». L'intensité du devoir dépend de la question de savoir dans quelle mesure la confiance a été suscitée. L'auteur distingue sept indices à prendre en compte pour mesurer le degré de confiance : moyen de communication de la proposition, contenu de cette dernière, connaissances relatives des parties, leur position de force, l'historique de la relation,.... On voit mal la différence entre cette théorie et le fondement délictuel. La distinction voulue par son auteur semble assez artificielle<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> E McKendrick, p 264, supra.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> M Spence, 'Protecting Reliance : The Emergent Doctrine of Equitable Estoppel' (Hart, 1999).

<sup>42</sup> A Robertson, 'Reliance, Conscience and the New Equitable Estoppel' (2000) Melbourne University Law Review 7.

Les traits généraux de la double nature de l'estoppel ayant été exposés, il convient maintenant d'aborder la question des prises de positions nationales et de l'évolution du concept au sein de chaque juridiction.

## Section 2. Les particularités nationales

La grande ligne de démarcation est celle qui existe entre la common law et le droit civil français. Si l'estoppel est un concept connu et durablement intégré dans l'ordonnement juridique (bien que sa place soit parfois problématique) de la common law, il l'est bien moins, voir pas du tout, en droit civil français. Pourtant la question de la protection de la confiance est posée depuis quelques années en France. Certains auteurs plaident pour une introduction de ce concept de common law dans l'hexagone. Mais si le plaidoyer est heureux, il n'empêche qu'aujourd'hui l'estoppel n'existe pas encore. Du coup, la question de la protection de la confiance est bien plus ouverte qu'en common law et plus difficile à cerner. Résumons-nous : en common law, la protection de la confiance par l'estoppel est une question connue (§ 1) ; en droit civil, cette confiance digne de protection fait l'objet d'un débat qui ne fait que commencer (§ 2).

### § 2. L'estoppel et la common law : une question connue

En effet, la question est connue depuis longtemps en Grande-Bretagne, en Australie et aux Etats-Unis. Toutefois, l'estoppel substantiel n'est apparu qu'au vingtième siècle dans ces pays. Cette apparition est liée à un changement partiel de philosophie propre à ce siècle qui s'est voulu plus soucieux des plus faibles.

#### A. La Grande-Bretagne

La distinction en Angleterre entre l'estoppel procédural et l'estoppel substantiel garde toute sa pertinence. Le droit positif refuse de les confondre.

##### 1° L'estoppel comme moyen de preuve

On a vu que l'origine de cet estoppel (*estoppel by representation*) remonte aux premières conquêtes normandes. L'objet de cette doctrine est d'empêcher lors d'un procès postérieur celui qui a fait une *representation of fact* (affirmation factuelle pré-contractuelle), qui a suscité la confiance d'un autre, de dénier la vérité de ce qu'il a dit. Cette forme est celle qui est la mieux établie dans le paysage juridique anglais<sup>43</sup>.

Quelle est la nature de cet estoppel ? Selon Spencer Bower, de la même manière qu'il peut y avoir un accord exprès stipulant qu'une certaine preuve d'un fait serait concluante et définitive et qu'aucune des parties ne pourrait contredire le fait ainsi prouvé (accord que le juge ferait appliquer), il peut y avoir une entente ou un accord tacite entre les parties en vertu duquel la *representation* faite à l'un, qui croit et agit en fonction de cette *representation*, aurait force obligatoire et serait validée par le juge de la même manière que si l'accord avait été exprès<sup>44</sup>. Le juge anglais tend à reconnaître l'existence de cet accord tacite<sup>45</sup>.

Les implications du fondement contractuel de l'*estoppel by representation* ont été mises en lumière par P S Atiyah<sup>46</sup>. La première question est celle de la *cause of action*. La doctrine classique rappelle que cette forme d'estoppel ne peut pas fonder une action en justice<sup>47</sup>. Une simple *representation* n'est pas suffisante pour engager une procédure. Pour fonder une action, la *representation* doit être fautive (*misrepresentation*). Il faut donc clairement distinguer l'*estoppel by representation* et l'action fondée sur la *misrepresentation*. Pour P S Atiyah, cette affirmation est un mythe. Il invoque la notion d'*estoppel by misrepresentation*. L'idée de P S Atiyah est originale car celui qui s'appuie sur l'*estoppel by representation* ne se plaint pas d'une *misrepresentation*. Il se fonde non sur le fait que la *representation* est fautive mais sur le fait qu'elle est vraie. Alors comment parler d'*estoppel by misrepresentation* ? P S Atiyah part de la notion de sanction (*remedies*). Selon lui, les *representations*, comme les promesses, peuvent donner lieu à différentes sanctions. Quand un contrat est rompu, le créancier peut choisir entre : 1) confirmer le contrat et le considérer comme toujours en

<sup>43</sup> Par exemple, Lord Denman CJ rappela en 1837 dans l'arrêt *Pickard v Sears* la définition de l'*estoppel by representation* en commençant par « la règle de droit est claire.... », *Pickard v Sears* (1837) 6 Ad & El 469, p 474. En 1854, une majorité de la Chambre des Lords décida que la théorie de l'*estoppel by representation* devait se limiter à la représentation de faits existants, et ne pouvait englober les affirmations sur les intentions futures. *Jorden v Money* (1854) 5 HLC 185.

<sup>44</sup> Spencer Bower, 'Estoppel by Representation', p 24.

<sup>45</sup> Par exemple le dictum de Lord Blackburn dans *Burkinshaw v Nicolls* (1878), 3 App. Cas. 1004 (p 1026).

<sup>46</sup> P S Atiyah, 'Misrepresentation, Warranty, Estoppel', *Essays on Contract*, (2001) OUP, p 305 et s.

<sup>47</sup> Dictum de Lord J Bowen : 'il faut prendre à la façon dont nous comprenons la sanction en cas d'estoppel. L'estoppel n'est qu'une règle de preuve ; on ne peut pas poursuivre en justice sur le fondement de l'estoppel.' *Low v Bouverie* (1891), 3 Ch. 82, C.A, p 106.



vigueur en demandant l'exécution forcée en nature (*specific performance*) ; 2) accepter la rupture, reconnaître que le contrat n'est plus en vigueur et poursuivre en dommages et intérêts. De la même manière, il semble possible à P S Atiyah que le droit puisse offrir ce choix au destinataire de la *representation* inexacte (*misrepresentation*). Il peut 1) soit confirmer la *representation*, c'est à dire la considérer comme vraie, et demander en conséquence la sanction appropriée ; 2) soit accepter que la *representation* soit inexacte et agir en dommages et intérêts. Pour P S Atiyah, l'*estoppel by misrepresentation* est la première de ces sanctions<sup>48</sup>. Le créancier ne se fonde pas sur le fait que la *representation* est vraie. Par définition la *representation* initiale est fautive puisque celui qui l'a faite ne la considérait pas comme vraie (le procès ultérieur en est la preuve, il s'agit donc bien d'une *misrepresentation* qui sert de fondement à l'action). Le destinataire de la *representation* demande uniquement, à titre de sanction, que le juge considère la *representation* comme vraie. Encore une fois on constate que l'*estoppel* est la sanction et non le fondement de l'action. Le lien entre le contrat et l'*estoppel* est ainsi réalisé par une assimilation de la sanction de la *misrepresentation* (*estoppel by misrepresentation*) à une des sanctions contractuelles possibles. L'*estoppel by misrepresentation* devient une sanction analogue à l'exécution forcée en nature (*specific performance*) suite à la rupture d'un contrat<sup>49</sup>. Il y a analogie dans le sens où la partie innocente est dans les deux cas en droit d'obliger la partie en faute à maintenir ses propos ou son engagement. L'*estoppel* n'est pas la cause d'une action au même titre que l'exécution forcée en nature, tous deux s'appuient sur la *misrepresentation* ou le contrat.

Le second point soulevé par P S Atiyah est celui de la nature probatoire de l'*estoppel by representation*. Cette caractéristique s'articule mal avec la nature contractuelle de l'*estoppel*. Il est vrai que la notion de présomption irréfragable (ce qui est un effet de l'*estoppel*) est plus une règle de droit substantiel qui ne dit pas son nom qu'une véritable règle de preuve. Les auteurs classiques reconnaissent que l'*estoppel* est une règle de preuve qui, comme toutes les autres règles de preuve, peut en pratique avoir pour effet de créer des droits substantiels<sup>50</sup>. P S Atiyah critique cette approche qui se voile la face sur la nature profonde de l'*estoppel*. Selon lui, quand une partie est empêchée (*estopped*) de dénier la vérité de sa *representation*, c'est parce qu'elle n'a pas le *droit* de le faire. Le destinataire de la *representation*, lui, a un *droit* à la sanction consistant à tenir pour vraie la *representation*. S'il existe des preuves montrant que

---

<sup>48</sup> P S Atiyah, p 308, supra.

<sup>49</sup> Sur l'idée que l'*estoppel* comme règle de preuve fonctionne comme une exécution forcée en nature, idem, p 308.

<sup>50</sup> Spencer Bower et Turner, 3rd edn (1977), p 7-10.

les faits sont réellement inexacts, peu importe. Pour P S Atiyah, se demander s'il s'agit d'une règle de preuve ou d'une règle de droit, c'est comme s'interroger sur le point de savoir qui est venu le premier : l'œuf ou la poule. Il est toujours possible de dire que 1) les droits des parties sont régulés par les faits tels qu'affirmés et non tels qu'ils sont car aucune preuve contraire ne peut être apportée ; 2) aucune preuve des faits tels qu'ils sont ne peut être apportée car une telle preuve n'affecterait pas les droits des parties qui sont de toute manière régulés par les faits tels qu'affirmés. Pour savoir quelle voie il faut choisir, P S Atiyah pose la question de la raison pour laquelle la preuve doit être écartée. Il répond que ce n'est pas en raison d'une règle de procédure probatoire, mais parce qu'il serait injuste d'admettre la preuve et d'accepter que les droits du destinataire de la *representation* soient affectés<sup>51</sup>. Il en déduit que l'exclusion de la preuve contraire se fonde sur une règle de droit substantielle.

## 2° L'estoppel comme sanction substantielle

En droit anglais, à côté du contrat formel (contrat conclu sous forme de *deed* ou *specialty*, avec le sceau des parties) qui oblige de par sa forme et qui ne requiert pas de *consideration*, il existe le contrat simple (acte non scellé) qui n'oblige que si une *consideration* a été fournie. Une promesse sans *consideration* n'a pas force obligatoire aux yeux du juge. En 1937, le *Law Revision Committee* examina les problèmes soulevés par la théorie de la *consideration* et proposa divers changements dont l'un visait la question des promesses non faites sous le sceau et émises sans *valuable consideration*<sup>52</sup>. Le *Law Revision Committee* insista sur le lien qui existait à ses yeux entre la théorie de l'estoppel et le droit des contrats. Après avoir constaté que, selon la doctrine classique, seules des *representations* portant sur des faits présents ou passés pouvaient donner lieu à l'estoppel, il estima utile de recommander un développement du droit en prévoyant qu'une promesse dont l'auteur sait, ou devait raisonnablement savoir, que celui à qui il la fait s'y fier, liera son auteur si son destinataire a modifié sa position à son préjudice sur la foi de la promesse. C'était, en faisant admettre qu'un estoppel puisse résulter d'une *representation* émise *de futuro*, préconiser l'application d'une nouvelle catégorie de l'*estoppel by representation*<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> P S Atiyah s'appuie sur la formulation de Lord Blackburn dans *Burkinshaw v Nicolls* (1878) 3 App. Cas., p 1026.

<sup>52</sup> Cf. Law Revision Committee, Sixth Interim Report (Statute of Frauds and the Doctrine of Consideration), Cmd. 5449 (1937), p 12 et s. Cité par A Martin, 'L'Estoppel en droit international public...', p 31, supra.

<sup>53</sup> A Martin, p 32, ibid. Sans doute, le Law Revision Committee a été influencé par le débat américain sur le même sujet cinq ans auparavant lors du premier Restatement of Contracts.

En 1947, Lord Denning J, sans doute sous l'influence du rapport cité et du modèle américain<sup>54</sup>, consacra pour la première fois cette nouvelle forme d'estoppel qu'il nomma *promissory estoppel*<sup>55</sup>. Sa mise en œuvre a été, et est toujours, limitée par deux règles car cet estoppel est, selon la doctrine classique, une menace pour la théorie de la *consideration*. La première est que le *promissory estoppel* ne peut être le fondement d'une action (*cause of action*) en soi<sup>56</sup>. La seconde est qu'il s'applique uniquement lorsqu'il y a une relation pré-établie entre les parties<sup>57</sup>. Ces restrictions ont eu pour effet de limiter l'application de la doctrine, principalement, au cas de modification du contrat. Quelle est la conséquence de ces restrictions sur la nature du *promissory estoppel* ? L'idée selon laquelle l'estoppel ne peut être à l'origine d'une action en justice (*cause of action*) semble dénier toute validité à l'analyse contractuelle. Un grand nombre d'auteurs et de juges admettent que le fondement de l'estoppel puisse ne pas être le contrat<sup>58</sup>. Pourquoi ? Le *promissory estoppel* intéresse principalement la renégociation du contrat ; il confère force obligatoire aux promesses entraînant une libération ou une modification de la dette alors même que la cause (*consideration*), exigée par la common law, est absente. Le fait que le *promissory estoppel* soit limité dans sa mise en œuvre permet d'éviter un conflit ouvert avec la doctrine de la *consideration*. L'estoppel est défensif, non offensif. Il suspend le droit d'une partie au bénéfice du destinataire de la promesse<sup>59</sup>. Il ne crée pas de droit nouveau. Le *promissory estoppel* ne fonctionne pas comme un substitut de la *consideration* (contrairement à l'estoppel américain). Cette absence d'effet translatif stricto sensu ainsi que la règle de la *no cause of action* sont autant d'indices qui contredisent l'analyse contractuelle. Mais cet estoppel

<sup>54</sup> Pour un développement, cf. D Nolan, 'Following in Their Footsteps : Equitable Estoppel in Australia and the United States' (2000) King's College Law Journal 201.

<sup>55</sup> *Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd*, (1947) KB 130. Denning J invoqua à cette époque deux décisions du XIXe siècle : *Hughes v Metropolitan Railway Co* (1877) 2 App. Cas. 448 Lord Cairns LC ; *Birmingham & District Land Co v London & North Western Rail Co* (1888) 40 Ch. D. 286 Bowen LJ

<sup>56</sup> *Combe v Combe* (1951) 2 KB 215.

<sup>57</sup> D Nolan, p 204, supra.

<sup>58</sup> Pour les auteurs : E McKendrick, 'Contract Law, Text, Cases and Materials', p 267, supra.; G H Treitel, 'An Outline of The Law of Contract' 5ed Butterworths, p 47 ; G H Treitel, 'The Law of Contract' 11ed, Thomson Sweet & Maxwell, p 147 ; H G Beale, W D Bishop & M P Furmston, 'Contract : Cases and Materials' 3ed, Butterworths, p 150 ; Pour la jurisprudence : *Argy Trading Development Co Ltd v Lapid Developments Co Ltd* (1977) 3 All ER 785, p 796 ; *Syros Shipping Co SA v Elaghill Trading Co, The Proodos C* (1981) 3 All ER 189. Pour une critique du droit positif : P S Atiyah, 'Consideration : A Restatement', Essays on Contracts, (1986) OUP ; H Collins, 'The Law of Contract' (1997) 3ed Butterworths, ch 5.

<sup>59</sup> Pour une explication de cet effet suspensif, cf. : E McKendrick, p 240, supra : 'ainsi l'estoppel est généralement suspensif concernant les obligations de futuro (dans le sens où l'obligation peut être réactivée en donnant un préavis raisonnable) mais il peut être extintif quant aux événements qui se sont déroulés dans le passé (dans le sens où le créancier ne peut pas revenir en arrière et demander rétrospectivement au débiteur d'exécuter ses obligations passées ou maintenir que le débiteur a rompu son contrat en raison d'une inexécution partielle lorsque cette inexécution était due à la confiance suscitée par le créancier qui l'autorisa à ne pas exécuter complètement le contrat).

s'intègre difficilement dans la catégorie du délit car son domaine d'application est en principe la modification du contrat. De plus, et surtout, le juge protège généralement l'espérance du gain et moins la perte subie. Il en résulte une assez grande incertitude théorique sur le fondement de la notion et, par voie de conséquence, sur l'étendue de la sanction.

*Proprietary estoppel* est une autre forme d'estoppel qui joue un rôle important en droit anglais. Mais son domaine d'application est plus restreint que celui du *promissory estoppel* : il s'agit principalement de biens immobiliers (terrains ou *land*). Un *proprietary estoppel* est mis en œuvre lorsqu'une partie agit sur la foi qu'un droit de propriété lui sera octroyé par un tiers. Cet estoppel n'est pas sujet aux restrictions appliquées au *promissory estoppel*. Il peut être le fondement d'une action et l'existence d'une relation de droit pré-établie n'a pas à être caractérisée<sup>60</sup>. L'effet de cet estoppel est plus vigoureux que celui du *promissory estoppel*. Le bénéficiaire de la promesse peut demander aux juges d'ordonner le transfert de propriété d'un terrain à son profit, une compensation ou toute autre sanction jugée appropriée<sup>61</sup>. L'explication de cette différence est en partie historique et terminologique. *Proprietary estoppel*, à l'origine, était expliqué en termes d'*acquiescence* ou d'*encouragement*, d'où l'absence de conflit supposé avec la condition de la *consideration*<sup>62</sup>. Quel est le fondement de cet estoppel ? Il est possible d'y voir une manifestation de la théorie de l'enrichissement sans cause (*unjust enrichment*) dans la mesure où les actes réalisés par le bénéficiaire de la promesse l'ont été librement, sans aucune obligation légale, et où ils ont enrichi l'auteur de la promesse. Ce fondement appelle une sanction plus vigoureuse<sup>63</sup> que celle du *promissory estoppel* dont le fondement n'est pas évident. La différence avec la sanction contractuelle est que le *proprietary estoppel* donne lieu à une réparation plus discrétionnaire, elle n'est pas de droit<sup>64</sup>. Toutefois, les juges ont tendance à ordonner le transfert de propriété au profit du demandeur. Ce transfert correspond à l'attente légitime du créancier (*l'expectation interest* de la common law). Or la protection de cet intérêt est de la compétence exclusive du contrat. Ces éléments militent donc en faveur d'une analyse plutôt contractuelle du *proprietary estoppel*.

### 3° L'absence d'unité de régime

<sup>60</sup> Mais il a été limité d'une autre manière : le droit de propriété doit avoir pour objet un terrain (bien que parfois les juges étendent cet objet à d'autres formes de biens), D Nolan, *ibid*.

<sup>61</sup> G H Treitel, 'The Law of Contract', p 147, *supra*.

<sup>62</sup> G H Treitel, *ibid*.

<sup>63</sup> Fuller et Perdue, 'The Reliance Interest in Contract Damages' (1936) 46 Yale L.J. 52, 56 : 'l'enrichissement injuste présente un caractère plus pressant pour l'intervention du juge que les pertes subies en raison de la confiance trompée qui ne bénéficient pas au défendeur'.

<sup>64</sup> S Gardner, 'The Remedial Discretion in Proprietary Estoppel', (1999) 115 L.Q.R. 438.

Il existe bien d'autres estoppels en droit anglais. Un commentateur en a identifié douze, tous différents<sup>65</sup>. Mais tous n'ont pas nécessairement un lien avec le contrat. Parmi ceux qui ont un lien avec le contrat, il faut citer, en plus des trois qui ont été évoqués (*estoppel by representation, promissory estoppel, proprietary estoppel*), la remise (*waiver*) et l'*estoppel by convention*. *Waiver* a été ainsi défini par Denning LJ : « qu'il soit dénommé remise ou abstention, modification accordée ou exécution substituée, importe peu. C'est une espèce d'estoppel. Par sa conduite, il a promis de ne pas revendiquer ses droits. Cette promesse devant être exécutée, et crue, .... C'est une application particulière du principe que je me suis efforcé de formuler dans *Central London Property Trust v High Trees House Ltd.* »<sup>66</sup>. L'*estoppel by convention* est défini par Brandon LJ dans les termes suivants : « Cette forme d'estoppel est fondée, non sur une *representation* des faits crue par son destinataire, mais sur un accord concernant des faits dont la véracité est tenue pour établie, par une convention entre les parties servant de support à une transaction pour laquelle les parties négocient. Quand les parties ont exécuté leur transaction sur la base de [l'accord précité] alors, quant à cette transaction, les parties ne pourront pas (elles seront *estopped*) remettre en cause la véracité des faits ayant fait l'objet de l'accord ».<sup>67</sup>

Il n'existe pas en droit anglais de principe commun entre ces différents estoppels<sup>68</sup>. Déterminer leur fondement est difficile étant donné que les auteurs les plus influents ne sont pas toujours d'accord entre eux sur l'analyse de leur régime. Par exemple, pour l'*estoppel by convention*, G H Treitel affirme qu'il ne peut créer de droits nouveaux. L'estoppel n'est qu'un moyen de défense<sup>69</sup>. E McKendrick, à l'inverse, déclare que lorsque l'estoppel valide un contrat et le rend exécutoire, il est difficile de nier que l'estoppel puisse être le fondement d'une action<sup>70</sup> contractuelle. L'analyse des décisions apportera sans doute des informations intéressantes. Le critère de classification et d'identification de A S Burrows<sup>71</sup>, qui propose de déduire la nature de l'obligation de la sanction (*remedies*), pourra être utile. Il est difficile de dire aujourd'hui quel est le domaine de l'estoppel en droit anglais : contrat, délit, quasi-contrat ? Ou domaine *sui generis* ?

<sup>65</sup> A Leopold, 'Estoppel : A Practical Appraisal of Recent Developments' (1991) 7 Aust. Bar. Rev. 47.

<sup>66</sup> Charles Rickard Ltd v Oppenheim (1950) 1 KB 616, 623.

<sup>67</sup> *Amalgamated Investment & Property Co Ltd v Texas Commerce International Bank Ltd* (1982) QB 84, 130.

<sup>68</sup> Pour une discussion sur ce point, cf. E McKendrick, p 244 et s., supra.

<sup>69</sup> G H Treitel, 'An Outline of The Law of Contract' 5ed Butterworths, p 48.

<sup>70</sup> E McKendrick, 'Contract Law', 5th edition Palgrave Macmillan, 2003, p 119, à propos de la décision *Amalgamated Investment*.

<sup>71</sup> A S Burrows, « Contract, Tort and Restitution – A Satisfactory Division or Not » (1983) 99 LQR 217 p 217-9.

## B. L'Australie

L'*estoppel by representation* anglais est connu du droit australien depuis longtemps<sup>72</sup>. Le régime est identique. Il existe par contre des différences significatives concernant le *promissory estoppel* et le *proprietary estoppel*. En Australie, ils sont connus sous le nom d'*equitable estoppel*. La Haute Cour d'Australie a été longue à approuver *High Trees*, elle le fit en 1983 dans la décision *Legione v Hateley*<sup>73</sup>. A l'époque, l'*equitable estoppel* ne pouvait pas créer de droits nouveaux. En 1988, la Haute Cour écarta définitivement cette restriction rappelant le droit anglais<sup>74</sup>. A partir de là, la théorie de l'*equitable estoppel* alla plus loin que le droit anglais, de trois façons<sup>75</sup> : 1) aucune différence ne fut faite entre *promissory* et *proprietary estoppel* ; 2) l'*equitable estoppel* pouvait être le fondement d'une action (*cause of action*) ; 3) la condition de la relation de droit préexistante n'était pas requise, qu'il y ait une intention d'entrer dans une relation contractuelle (cas de figure de la décision *Waltons Stores*) ou non<sup>76</sup>.

D Nolan retient trois particularités du système australien qui lui semblent intéressantes au regard du droit anglais<sup>77</sup>.

Tout d'abord, l'*equitable estoppel* et le contrat. Le droit australien, contrairement au droit anglais, reconnaît un droit d'action pour mettre en œuvre l'estoppel. Il ne craint pas de remettre en cause la théorie de la *consideration*. La menace pour la théorie de la *consideration* n'apparaît que si la sanction consiste en l'exécution forcée de la promesse<sup>78</sup>. Si, au contraire, la responsabilité se limite à compenser les pertes éprouvées alors l'estoppel n'a plus pour objet de conférer force obligatoire à une promesse dépourvue de cause. La *consideration* est sauve. Comme l'a énoncé Brennan J dans *Waltons Stores*, l'objet de base de l'estoppel est d'éviter la perte que le bénéficiaire de la promesse subirait si le promettant ne s'exécutait

<sup>72</sup> *Thompson v Palmer* (1933) 49 CLR 507 ; *Grundt v Great Boulder Proprietary Gold Mines Ltd* (1937) 59 CLR 641 ; *Con-Stan Industries of Australia v Norwich Winterthur Insurance (Australia) Ltd* (1986) 160 CLR 226. Décisions citées par D Nolan, 'Following in Their Footsteps : Equitable Estoppel in Australia and the United States' (2000) King's College Law Journal 201, 206.

<sup>73</sup> *Legione v Hateley* (1983) 152 CLR 406.

<sup>74</sup> *Walton Stores (Interstate) Ltd v Maher* (1988) 164 CLR 387.

<sup>75</sup> D Nolan, 'Following in Their Footsteps : Equitable Estoppel in Australia and the United States' (2000) King's College Law Journal 201, 206.

<sup>76</sup> *Commonwealth of Australia v Verwayen* (1990) 170 CLR 394.

<sup>77</sup> D Nolan, *supra*, p 207.

<sup>78</sup> En pratique toutefois, le profit escompté est généralement octroyé, cf. seconde partie.

pas<sup>79</sup>. Le caractère non-contractuel de l'*equitable estoppel* est révélé, aussi, par le rôle que tient le comportement déraisonnable (*unconscionable conduct*) du promettant. Dawson J dans *Verwayen* précise que cette condition du comportement déraisonnable est une protection contre l'intrusion de la doctrine de l'estoppel dans le droit du contrat<sup>80</sup>. On verra toutefois que l'affirmation de tels principes n'empêche pas les juges, au niveau de l'étendue de la réparation, de protéger le gain escompté.

Ensuite, l'*equitable estoppel* et l'équité. Parce que l'estoppel est une théorie dérivée de l'équité, la position du juge vis-à-vis de la sanction est très souple. La réparation se veut avant tout flexible. Tellement flexible d'ailleurs, que le fondement a priori limpide de l'*equitable estoppel* s'en trouve perturbé<sup>81</sup>.

Et enfin, l'*equitable estoppel* et l'*estoppel by representation*. D Nolan constate qu'au delà de l'unification de régime entre *proprietary* et *promissory estoppel*, le droit australien tend à fusionner l'*equitable estoppel* et l'*estoppel by representation*. Dans la décision *Verwayen*, Mason CJ a explicitement désapprouvé *Jorden v Money*. Deane J, dans la même décision, avança l'idée que la Haute Cour devrait reconnaître un principe général d'*estoppel by conduct* englobant les différentes catégories d'estoppel et fonctionnant dans un système où le droit et l'équité ne ferait plus qu'un<sup>82</sup>. Cette unification absolue n'est toutefois pas acceptée par tous les juges de la Haute Cour.

Le fondement invoqué de l'estoppel pose moins de problème que le droit anglais. L'évolution de la jurisprudence de la Haute Cour montre que l'*equitable estoppel* est plus basé sur le concept de confiance (*reliance*) que sur celui de contrat (*promise*). Il fait plus parti du droit de la responsabilité délictuelle, que de la responsabilité contractuelle. Si le comportement et la connaissance de l'auteur de la promesse sont des facteurs déterminant le seuil à partir duquel il peut être tenu pour responsable, les questions de responsabilité et de réparation sont déterminées par référence à la confiance du destinataire de la promesse. La théorie de l'*equitable estoppel* vise à mettre à exécution une obligation de ne pas causer de dommage à

---

<sup>79</sup> *Walton Stores*, supra, p 421.

<sup>80</sup> *Commonwealth of Australia v Verwayen* (1990) 170 CLR 394.

<sup>81</sup> Cf. seconde partie sur l'étendue de la réparation.

<sup>82</sup> Ces citations sont extraites de l'article de D Nolan, supra.

autrui résultant de la confiance raisonnable suscitée par ses actes ou paroles <sup>83</sup>. Pour A Robertson, le fondement délictuel de l'estoppel réconcilie au mieux les impératifs en jeu. Il équilibre la vision libérale de la liberté individuelle par des préoccupations communautaires comme la protection de la confiance suscitée chez autrui. Le caractère flexible de la sanction permet au juge d'adapter la règle aux faits d'espèces.

### C. Les Etats-Unis

Avant d'aborder le *promissory estoppel* (l'estoppel substantiel), quelques brèves remarques à propos de l'*equitable estoppel* (l'*estoppel by representation* en droit américain) peuvent être utiles. La définition est la même qu'en droit anglais (la distinction entre une *representation* et une promesse, le moyen de défense par opposition à la *cause of action*)<sup>84</sup>. Un auteur a critiqué la distinction entre le *promissory estoppel* et l'*equitable estoppel*, l'estimant illusoire<sup>85</sup>. De façon générale les Cours américaines ont tendance à fusionner ces deux formes d'estoppel qui peuvent servir soit d'exception en défense soit de fondement à une action en justice<sup>86</sup>.

#### 1° L'apparition du *promissory estoppel* <sup>87</sup>

La section 90, ou la théorie du *promissory estoppel*, du premier *Restatement of Contract* de l'*American Law Institute* était une généralisation rassemblant un certain nombre de décisions protégeant les actes de confiance préjudiciables et non causés. Ces affaires concernaient des promesses de dons, notamment les souscriptions caritatives. Par exemple, un défendeur s'engage à verser de l'argent à une association caritative qui, croyant à cette souscription, se met à dépenser de larges sommes en vue d'acheter un terrain. Si le défendeur cherche à revenir sur sa parole, le juge dira qu'il est tenu<sup>88</sup>. L'estoppel était aussi traditionnellement appliqué dans les cas de promesses informelles au sein des familles<sup>89</sup> et dans les cas de

<sup>83</sup> A Robertson, "Situating Equitable Estoppel Within the Law of Obligations", (1997) 19 Sydney Law Review 32 p 64.

<sup>84</sup> E A Farnsworth, 'Contracts', section 2.19, (1982) p 92.

<sup>85</sup> J M Feinman, 'Promissory estoppel and Judicial Method' (1984) 97 Harvard LR 678, note 18. Par exemple, quand un agent d'assurance dit à l'assuré que les polices couvrent certains risques, l'affirmation peut être interprétée soit comme une description factuelle, soit comme une promesse que ces faits ne contrediront pas l'affirmation.

<sup>86</sup> Les cas cités par J M Feinman, supra : *Van Gunten v Central States, Southeast & Southwest Areas Pension Fund*, 672 F.2d 586 (6th Cir. 1982) ; *Hellbaum v Burwell & Morford*, 1 Wash. App. 694, 463 P 2d 225 (1969).

<sup>87</sup> Ce bref développement historique est tiré de l'article de D Nolan, supra.

<sup>88</sup> *YMCA v Estill*, 78 SE 1075 (Ga. 1913) ; *Furman University v Waller*, 117 SE 356 (S.C. 1926).

<sup>89</sup> *Ricketts v Scothorn*, 77 NW 365 (Neb. 1898).



promesses informelles portant sur des terrains<sup>90</sup>. En 1932, Corbin fit pression pour l'intégration de la section 90 dans le premier *Restatement of Contract*. Les rédacteurs du *Restatement*, menés par le rapporteur A Williston, reprirent la théorie du contrat exposée par O W Holmes dès la fin du XIXe siècle. Ils rédigèrent, dans la section 75, la définition suivante : la *consideration* pour une promesse est un acte ou une abstention échangé et donné en échange d'une promesse. Mais Corbin releva un grand nombre d'affaires où les juges avaient ordonné l'exécution forcée d'un contrat qui ne correspondait pas à la définition donnée. Au lieu d'amender la section 75 (ce que voulait Corbin), les rédacteurs ajoutèrent plutôt une nouvelle section, section 90, pour régler ces contrats sans *consideration*<sup>91</sup>. Avec le temps, la théorie de *promissory estoppel* se développa pour finalement s'appliquer dans l'environnement commercial : offres de constructions immobilières, rémunérations d'employés, pensions, contrats de location, achat d'actions<sup>92</sup>. En 1981, on révisa la section 90 lors du *second Restatement of Contracts*<sup>93</sup>.

## 2° Les effets et les fondements

Aujourd'hui, toutes les cours américaines reconnaissent la théorie du *promissory estoppel* qui devient une espèce de common law fédérale. Contrairement au droit anglais ou australien, le lien entre cet estoppel et le contrat est très fort. Les manuels de droit des contrats présentent traditionnellement l'estoppel comme un substitut de la *consideration*<sup>94</sup>. Cette doctrine permet ainsi aux parties de contourner des règles techniques concernant la formation du contrat, comme la loi sur les fraudes (*Statute of Frauds*). Mais plus encore, l'estoppel peut aboutir à l'exécution forcée d'une promesse alors même que la question de l'existence du contrat classique peut ne pas être posée<sup>95</sup>. Ce qui a fait dire à certains auteurs<sup>96</sup>, s'appuyant sur

<sup>90</sup> *Greiner v Greiner*, 293 P 759 (Kan. 1930).

<sup>91</sup> La rédaction initiale de la Section 90 était ainsi rédigée : "A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promisee and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise".

<sup>92</sup> D A Farber et J H Matheson, 'Beyond Promissory Estoppel : Contract Law and the "Invisible Handshake"' (1985) 52 U. Chi. L. Rev. 903, p 907 et les cas cités.

<sup>93</sup> La définition de la Section 90 a été modifiée : "A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires".

<sup>94</sup> R E Barnett, 'Contracts, Cases and Doctrine' (1999) 2ed Aspen Law & Business, p 759 ; D Nolan, *supra*, p 216.

<sup>95</sup> D A Farber et J H Matheson, *supra*, p 908.

<sup>96</sup> M Metzger et M Phillips, 'The Emergence of Promissory Estoppel as an Independent Theory of Recovery' (1983) 35 Rutgers Law Review 472 ;

quelques jurisprudences<sup>97</sup>, que la cause de l'estoppel était indépendante du contrat. Selon eux, le fondement du *promissory estoppel* ne serait plus la promesse (comme l'avait affirmé en son temps Williston<sup>98</sup>) mais la confiance (*reliance*). La Section 90 viserait à protéger la confiance et moins à faire exécuter les promesses<sup>99</sup>. D'ailleurs, affirment-ils, la modification de la Section 90, *in fine*, le prouve puisque dorénavant le juge peut limiter la réparation selon ce qui lui semble juste. Cette analyse s'inscrivait dans un courant plus général consistant à voir dans le contrat un acte qui oblige non parce qu'on l'a voulu mais parce qu'il crée une attente, une confiance<sup>100</sup>. Les défenseurs de la « mort du contrat » plaidaient pour une fusion du droit de la responsabilité contractuelle et délictuelle. Ce courant ne fut plus suivi par la jurisprudence dès les années 80<sup>101</sup>. Avec le déclin de la notion de confiance, l'estoppel retrouva finalement sa place dans le giron contractuel.

Un auteur caractérise le développement du fondement de l'estoppel et de la responsabilité selon quatre étapes<sup>102</sup>. La première est celle de l'estoppel, où la promesse a pour objet des faits (l'équivalent américain de l'*estoppel by representation*). La deuxième est celle du contrat, où le *promissory estoppel* opère comme un substitut de la *consideration*. Dans certains Etats, la théorie n'a pas dépassé ce stade qui se caractérise par l'insistance sur des éléments contractuels devant être remplis et par l'exécution forcée de la promesse. La troisième étape est celle du délit, où le *promissory estoppel* est traité comme une source d'obligation indépendante du contrat. Ici, les conditions de validité du contrat n'ont pas à être établies et la sanction est déterminée par l'étendue de la confiance légitime trompée. Enfin, dans certains Etats comme la Californie, la théorie est entrée dans le domaine de l'équité où la sanction est flexible et discrétionnaire. D'après cette classification, le *promissory estoppel*, lorsqu'il atteint l'âge mur, est une théorie flexible qui relève de l'équité. Dans tous les cas, il peut être le fondement d'une action<sup>103</sup>. Les incertitudes sur la portée de l'estoppel caractérisent, selon cette conception, une certaine immaturité de la notion. La perspective est évolutionniste. Elle n'est pas complètement satisfaisante. D'autres auteurs estiment que la

<sup>97</sup> *Duke Power Co v South Carolina Public Service Commission*, 326 SE 2d 395 (S.C. 1985), p 406 : "A contract and a promissory estoppel are two different creatures of the law; they are not legally synonymous...".

<sup>98</sup> E Yorio & S Thel, 'The promissory Basis of Section 90', (1991) 101 Yale LJ 111.

<sup>99</sup> J M Feinman, 'Promissory Estoppel and the Judicial Method' (1984) 97 Harvard LR 678, p 695.

<sup>100</sup> G Gilmore, 'The Death of Contract', (1974) Columbus, Ohio.

<sup>101</sup> E A Farnsworth, 'Developments in Contract Law During The 1980's : The Top ten' (1990) 41 Case W. Res. LR 203, p 218 ; R E Barnett, 'The Death of Reliance' (1996) 46 J. Legal Educ. 518.

<sup>102</sup> Corbin on Contract (rev. ed. J M Perillo, ed St Paul, Minn, West Publishing, 1996), vol 3, p 38, cité par D Nolan, *supra*, p 218.

<sup>103</sup> Sur les conséquences qu'a la théorie du *promissory estoppel* sur la formation du contrat qui dépassent la simple remise en cause de la doctrine de la *consideration* : D Nolan, *supra*, p 222.

théorie s'éloigne du droit de la responsabilité délictuelle et donne lieu à une relation contractuelle originale<sup>104</sup>.

## § 2. L'estoppel et le droit civil français : une question nouvelle

L'estoppel n'existe pas en droit interne français en tant que tel, que ce soit sous sa forme procédurale ou substantielle. Il n'est donc pas possible de présenter l'origine, l'effet et le fondement de cette figure juridique en droit civil de façon aussi nette qu'en common law. Mais l'estoppel n'est pas complètement inconnu des auteurs. Certains raccrochent la notion à la confiance légitime, la bonne foi, l'apparence, l'abus de droit, aux maximes *fraus omnia corrumpit*, *nemo auditur*, donner et retenir ne vaut, à des règles de procédures comme la fin de non recevoir ou à des règles de fond aux effets variés comme la renonciation tacite, la déchéance, la possession, le mandat apparent...<sup>105</sup>. Le domaine semble immense. Les frontières sont sans limites....

Le tracé d'un contour s'impose pour une raison pratique : le sujet concerne l'étude de la nature et de l'étendue de la protection de la confiance légitime, et non les conditions préalables de la protection. Il n'est donc pas possible d'étudier dans le détail les équivalents fonctionnels de l'estoppel en droit français. Mais, d'un point de vue théorique, il faut bien cerner un minimum quelques équivalences pour étudier la question de la réparation. Le régime ou le fondement n'est pas sans influence sur la sanction. L'étude de la sanction d'une règle doit nécessairement passer, un minimum, par l'identification de cette règle. On s'en tiendra aux principes généraux. Quelles peuvent être les limites suffisamment générales et précises pour cerner le domaine de cette règle sanctionnée ?

La première s'impose d'elle-même. Seul ce qui gravite « autour » du contrat retiendra l'attention. Il faut donc un engagement, une parole ou une représentation, en d'autres termes une *volonté*. Mais cette limite qui tient plus à la délimitation du sujet qu'au concept lui-même est bien sûr insuffisante. Une deuxième consiste à reprendre l'effet de l'estoppel en common law et à voir en jurisprudence où celui-ci se retrouve. Déterminer l'effet de l'estoppel revient à passer du substantif à l'adjectif : une personne est *estopped* lorsqu'elle ne peut pas faire

<sup>104</sup> D A Farber et J H Matheson, supra, p 945.

<sup>105</sup> B Fauvarque-Cosson, 'L'estoppel du droit anglais', in L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, sous la direction de M Behar-Touchais (2001) ed Economica, p 5.

autrement que ce qu'elle a fait ou dire autre chose que ce qu'elle a dit. Il s'agit de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui <sup>106</sup>. Ainsi, tout ce qui ne relève pas de la contradiction, ou du principe de cohérence <sup>107</sup> (dans sa version positive), n'est pas retenu. Le critère important est celui du *forçage* de la volonté, de la *volonté forcée*. Il existe un débat sur le point de savoir si ce principe d'interdiction de se contredire est un principe général de droit privé <sup>108</sup>. On ne se prononcera pas sur ce point, passionnant mais hors sujet ici <sup>109</sup>. Cette deuxième limite, qui consiste à appréhender l'estoppel par son effet et non par son fondement, n'est pas non plus suffisante car un effet en soi ne donne aucune indication sur ses conditions de mise en œuvre ou sur le fondement le rendant nécessaire. Or, des auteurs ont montré que le principe de l'interdiction de se contredire est inutile s'il signifie uniquement que l'on doit respecter ses engagements (l'article 1134 du code civil suffit)<sup>110</sup>; ils ont aussi mis en lumière des cas où la contradiction au détriment d'autrui peut être légitime <sup>111</sup>.

Pour cerner le concept en droit français, à la périphérie ou dans le droit du contrat, il ne faut plus alors raisonner selon une logique de frontières mais plutôt de contenu. Quand la contradiction au détriment d'autrui devient-elle illégitime et appelle-t-elle une sanction ?

Pour répondre à cette question, il faut d'abord bien comprendre la raison d'être de l'estoppel en common law et son rôle « autour » du contrat. H Collins oppose deux modèles contractuels. Le premier, le modèle de l'échange (*the exchange model*), est caractérisé par l'importance du rôle de la *consideration*. Ce modèle s'inscrit dans la philosophie libérale du dix-neuvième siècle où la poursuite de l'intérêt privé est valorisée et où la confiance en autrui est une anomalie. Je ne suis engagé que si je reçois quelque chose en échange de ma promesse. Le second, le modèle de la confiance (*the reliance model*), est à l'opposé du premier modèle. L'individualisme et l'égoïsme sacré de la main invisible n'y ont aucun rôle à

---

<sup>106</sup> L'expression a été inventée par E Gaillard en matière d'arbitrage international : 'L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international', *Revue de l'Arbitrage*, 1985, p 241. Mais si en droit du commerce international, l'estoppel est régulièrement appliqué, ce qui lui confère le rang de principe général et facilite la détermination des contours de la notion, il n'en est pas de même en droit national devant les juridictions étatiques.

<sup>107</sup> D Houtcieff, 'Le principe de cohérence en droit privé des contrats' (2000) PUAM.

<sup>108</sup> H Muir Watt, 'Rapport de Synthèse' in L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, sous la direction de M Behar-Touchais (2001) ed Economica, p 175.

<sup>109</sup> Il est vrai que la question est fondamentale car elle permet de regrouper les différentes analyses sous le sceau d'un principe commun, rendant de la sorte le système plus cohérent. Mais la question reste ouverte.

<sup>110</sup> M Behar-Touchais, 'Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats' in L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, supra, p 83.

<sup>111</sup> D Mazeaud, 'Les contradictions légitimes au détriment d'autrui en droit des contrats', supra, p 127. Pour le droit de l'entreprise : C Saint-Alary-Houin, supra, p 147 ; pour le droit de la famille : M Grimaldi, supra, p 161.

jouer. Au lieu de voir la société comme un amas d'individualités antagonistes ne s'engageant que pour satisfaire son intérêt propre, le droit moderne du *reliance model* reconnaît le besoin de protéger les personnes qui coopèrent dans le cadre de relations d'interdépendance économique et de confiance. Le droit n'a pas ici pour seule fonction de faciliter les échanges, mais de réguler les relations économiques de dépendance et de prévenir les abus de confiance. Cette vision plus communautaire de la société et du droit conduit nécessairement à une réduction du champ de la liberté individuelle <sup>112</sup>. La liberté est mise à mal car l'effet de l'estoppel est d'obliger une personne à faire ce qu'elle a promis à autrui, qui a cru et qui a modifié sa position sur la foi de cette promesse ; le promettant est tenu contre sa volonté. L'objet fondamental de l'estoppel est la protection de la confiance provoquée, sous certaines conditions.

La contradiction est donc illégitime lorsqu'il y a une rupture d'une relation de confiance. Il est difficile de dire dès à présent dans quel cas la confiance doit être protégée et dans quel autre elle ne doit pas l'être. Dans son rapport de synthèse, H Muir Watt remarque que les différents rapports ont montré que la contradiction est parfois stigmatisée, parfois pas ; elle reconnaît que l'ensemble reste à expliquer<sup>113</sup>. Au fur et à mesure des affaires relevées, où la contradiction portant atteinte à une confiance est sanctionnée, on tentera de déterminer la nature de la relation en cause. Toutefois, on peut déjà avancer qu'en général la confiance protégée est celle qui s'inscrit dans un « microcosme » ou une relation d'interdépendance.

Précisons aussi que la protection de la confiance n'est pas une préoccupation complètement nouvelle en droit civil français. En 1982, J L Sourieux écrit un article sur « la croyance légitime » qu'il fait reposer sur la notion de confiance et de crédit public. Il montre, à partir d'une relation principalement triangulaire, que « lorsque l'acte de croire se manifeste à l'occasion d'un rapport de droit préexistant, la croyance – si elle est légitime – a une incidence non négligeable sur le lien obligatoire puisqu'elle va jusqu'à produire un effet libératoire. Mais il arrive même qu'elle soit à l'origine d'un rapport de droit, véritable créatrice de droits subjectifs »<sup>114</sup>. La croyance légitime a ainsi un double effet : libératoire et acquisitif. L'effet juridique de la croyance est un instrument de protection de la confiance. A l'époque, il constate que la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de mandat

---

<sup>112</sup> H Collins, 'The Law of Contract', 2ed Butterworths, p 86-7.

<sup>113</sup> H Muir Watt, 'Rapport de Synthèse' in L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, supra, p 179.

<sup>114</sup> J L Sourieux, 'La croyance légitime', (1982) JCP G I, 3058.

apparent constitue la manifestation la plus élaborée de la croyance légitime. Reprenant les mots d'E Lévy, il remarque aussi que c'est l'idée de *crédit public* « qui fait comprendre que prévaut la croyance légitime dans les situations où [...] 'nous sommes regardés comme plus dépendants normalement de notre prochain' : rapports de citoyens avec les autorités publiques, rapports des profanes avec les professionnels »<sup>115</sup>.

Si, en 1982, c'est dans le mandat apparent que la croyance légitime s'épanouit le mieux, aujourd'hui, il existe des relations bilatérales où elle joue un rôle peut être encore plus important <sup>116</sup>.

Les caractères généraux de la protection de la confiance sont variés et les différences sont parfois importantes entre les instruments nationaux. On retrouve ces différences au niveau de l'approche dynamique de la nature de la protection. Les traits distinctifs de la notion seront mis en évidence.

## **Chapitre 2. Les moyens particuliers de la protection**

La protection peut prendre deux voies principales qui ne sont pas originales puisque l'on retrouve, comme en matière de responsabilité contractuelle, des procédés de réparation en nature (Section 1) et des dommages et intérêts (Section 2).

### Section 1. L'exécution forcée en nature

La protection de la confiance par la voie de la réparation en nature peut conduire le juge à ordonner, soit la conclusion forcée d'un contrat, ou d'un quasi-contrat, en période pré-contractuelle (§ 1), soit l'exécution forcée d'un contrat ou d'une promesse ou le maintien forcé d'un contrat ou d'une promesse (§ 2).

#### § 1. La période pré-contractuelle : la conclusion forcée

---

<sup>115</sup> Idem, n° 124.

<sup>116</sup> Le terme de croyance a la même origine et le même sens que celui de confiance. L'étymologie rappelle aussi que, dans la même famille, on trouve le terme créance.

C'est une sanction qui est commune aux différents systèmes juridiques étudiés, aussi bien pour la common law que pour le droit civil.

#### A. Le droit anglais

Le *proprietary estoppel* conduit généralement au transfert d'un droit immobilier. Ce qui est un indice qui milite en faveur de l'analyse contractuelle de cette forme d'estoppel, dans la mesure où le droit en question est le gain espéré. En effet seul un contrat permet de satisfaire l'attente légitime, de rendre certaine une anticipation sur l'avenir. L'intention des parties (au moins dans la conception classique du contrat<sup>117</sup>) joue un rôle plus important que le fait qui relève, lui, du champ délictuel. L'étude de la mise en œuvre du *proprietary estoppel*<sup>118</sup> dans la période pré-contractuelle et contractuelle confirme son caractère *plutôt* contractuel.

Ces cas de *proprietary estoppel* peuvent être divisés selon deux grands groupes<sup>119</sup>. Dans le premier, une personne commet une erreur sur l'existence ou sur l'étendue d'un droit immobilier (*land*). Bien que le propriétaire n'ait pas provoqué l'erreur, il peut lui être interdit de retirer un avantage de cette erreur, surtout s'il est resté sans rien faire alors qu'il savait que l'autre commettait une erreur ou s'il a activement encouragé la partie trompée à agir sur la foi de cette erreur. Dans le second groupe, il n'y a pas seulement acquiescement de la part du propriétaire mais encouragement : i.e une conduite du propriétaire, ou une affirmation factuelle pré-contractuelle (*representation*) faite par lui, à partir de laquelle une promesse peut être déduite et qui a pour effet de conférer au destinataire de cette promesse un droit sur un terrain ou qui est de nature à en créer un à son profit. Si ce dernier agit sur la foi de cette promesse, la question qui se pose est alors de savoir si la promesse peut lier son auteur. La jurisprudence est claire : la promesse peut engager son auteur et conduire à la conclusion forcée d'un contrat.

Tous les cas de *proprietary estoppel* conduisent à cette solution. On ne retiendra qu'un exemple, le plus significatif<sup>120</sup>, de conclusion forcée d'un contrat : la décision *Crabb v*

---

<sup>117</sup> P S Atiyah, 'Contracts, Promises, Obligations', Essays on Contracts, (1986) OUP.

<sup>118</sup> L'étude de l'étendue de la sanction confirme à nouveau cet aspect contractuel. Cf. seconde partie.

<sup>119</sup> G H Treitel, 'The Law of Contract', 11ed Thomson Sweet & Maxwell, p 136.

<sup>120</sup> Il est cité dans les manuels de Treitel, Mc Kendrick, Beale, Bishop & Furmston, Collins, Wheeler & Shaw.

*Arun*<sup>121</sup>. Le demandeur possède un morceau de terrain, le terrain adjacent étant la propriété du défendeur. Les deux immeubles sont à l'origine un même ensemble avant d'être vendu séparément au demandeur et au défendeur. Le défendeur construit une route qui longe les deux lots. Il octroie au demandeur un droit de passage sur la route et un droit d'accès au point A. Ce dernier, qui décide de diviser sa terre en deux, a alors besoin d'un second point d'accès à la route du défendeur. Il discute avec lui du problème lors d'un meeting en juillet 1967. Le défendeur lui laisse entendre qu'un droit d'accès lui sera concédé en un point B. Aucun accord formel n'est signé à cette occasion. Le défendeur construit la nouvelle route et la clôture tout en laissant un accès libre pour le demandeur. Ce dernier croyant réellement avoir son droit d'accès au point B vend son terrain desservi par le point d'accès A et ne se réserve aucun droit de passage sur le terrain vendu. Il devient complètement dépendant du second droit d'accès promis. Mais le défendeur ferme la clôture au point B et refuse de la rouvrir ou d'octroyer le droit de passage promis à moins que le demandeur ne paye un droit de péage. Ce dernier engage alors une action contre le défendeur afin d'obtenir une injonction interdisant son refus. La Cour d'appel décide en faveur du demandeur. En raison de l'écoulement du temps entre la perte du droit d'accès et la saisine du juge et en raison de la conduite du défendeur qui ferme la clôture et qui ne peut faire aboutir les négociations avec le demandeur, la Cour lui octroie un droit d'accès au point B.

Elle reproche au défendeur de ne pas s'être mis d'accord avec le demandeur. Avant l'intervention du juge, l'accord, et donc le contrat, n'est pas conclu. Le défendeur n'autorise le demandeur à utiliser sa route qu'à la condition qu'il paye. Il y a bien ici conclusion forcée du contrat puisque après l'intervention du juge le demandeur obtient gratuitement un droit d'accès. Il est intéressant de constater que l'action est engagée par celui qui invoque l'estoppel et qui demande la conclusion forcée du contrat. C'est une manifestation du principe selon lequel le *proprietary estoppel* peut être le fondement d'une action (*cause of action*) en dehors de toute relation de droit préexistante. La Cour oblige le défendeur à créer un droit et à le transférer au profit du demandeur.

---

<sup>121</sup> *Crabb v Arun District Council* (1975) 3 All ER 865. D'autres exemples : *Griffiths v Williams* (1978) 248 E.G. 947 ; *Wayling v Jones* (1995) 69 P. & C.R. 170 ; *Holidays Inns Inc. v Broadhead* (1974) 232 E.G. 951 et 1087 ; *Chalmers v Pardoe* (1963) 1 W.L.R. 677 ; *Dodsworth v Dodsworth* (1973) 228 E.G. 1115 ; *Baker v Baker* (1993) 2 F.L.R. 247 ; *Burrows and Burrows v Sharp* (1989) 23 H.L.R. 82 ; *Pascoe v Turner* (1979) 1 W.L.R. 431 ; *Inwards v Baker* (1965) 2 QB 29.



L'exécution forcée en nature se réalise en deux temps *simultanés* : 1) le juge reconnaît l'existence d'un accord, i.e il rend exécutoire la promesse initiale, l'objet de l'exécution forcée en nature est la promesse elle-même puisque le promettant ne peut plus se rétracter et empêcher la formation d'un contrat (la création du consentement de la part de celui qui s'oblige est l'étape de la *formalisation* de l'estoppel) ; 2) le juge oblige le promettant à faire, au moins en partie, ce qu'il a dit, l'objet de l'exécution forcée en nature est le *contenu* même de la promesse ou du contrat, et non plus l'*existence* du contrat (la réalisation du consentement forcé en rendant réel et actuel la chose promise est l'étape de la *matérialisation* de l'estoppel). Les deux questions sont autonomes. Le droit crée d'abord un consentement forcé au contrat, ensuite il effectue ce consentement par une exécution forcée. Mais l'opération est *simultanée*. Le débiteur doit s'exécuter tout de suite.

Toutefois, il faut distinguer ces deux temps car il peut y avoir une exécution forcée en nature du consentement (1) et une exécution forcée par équivalent de la chose promise (2) ou une exécution forcée en nature du consentement (1) et une exécution forcée en nature de la chose promise (2). Les solutions sont indépendantes. Mais il s'agit toujours de l'exécution forcée d'une promesse. Le fondement reste le contrat, dans la mesure où l'objet de la promesse est transféré. En l'espèce, la *formalisation* de l'estoppel consiste à revenir sur la promesse initiale de conférer un droit d'accès au point B et à la figer. La *matérialisation* conduit à transférer le droit d'accès au point B. On a donc une double exécution forcée en nature. La *formalisation* est l'étape de la conclusion forcée, elle relève de la période pré-contractuelle ; la *matérialisation* est celle de l'exécution forcée du contrat.

Le choix entre l'exécution forcée en nature ou l'exécution forcée par équivalent de l'objet de la promesse (la double hypothèse de *matérialisation* de l'estoppel) dépend de l'analyse du droit qui doit être transféré au bénéficiaire de la promesse. C'est ainsi que Scarman L.J, dans la décision *Crabb v Arun*, pose le problème. Il répond à trois questions<sup>122</sup> : d'abord, un droit a-t-il été créé ? Ensuite, quelle est l'étendue de ce droit ? Enfin, quelle est la sanction appropriée ? La première question est celle de l'existence du contrat (le temps de la *formalisation* de l'estoppel). La deuxième est celle de l'étendue de l'intérêt protégé (le temps intermédiaire qui détermine les voies de la réparation ; cette étape est fondamentale, elle sera étudiée dans la seconde partie). La troisième est celle de la mise en œuvre de la sanction (le

---

<sup>122</sup> *Crabb v Arun*, supra, p 193 : "First, is there an equity established ? Secondly, what is the extent of the equity, if one is established ? And Thirdly, what is the relief appropriate to satisfy the equity ?".

temps de la *matérialisation* de l'estoppel). Cette grille de lecture est reprise par Goff L.J., dans *Griffiths v Williams*<sup>123</sup>, qui pose la problématique en terme de pouvoir discrétionnaire : si la cour estime qu'il y a un droit (*an equity*), alors elle doit en déterminer la nature, et, guidée par cette nature et exerçant son pouvoir discrétionnaire en chaque circonstance, elle doit déterminer quelle est la décision juste qui doit être prise pour protéger le demandeur. Cette analyse est importante pour déterminer la nature du droit, qui aide dans le choix des voies adéquates de la réparation, mais aussi pour déterminer l'étendue de ce droit, qui aide à déterminer le montant de la réparation<sup>124</sup>.

La conclusion forcée n'est possible que dans l'hypothèse du *proprietary estoppel* car il est le seul à pouvoir transférer et créer des droits et servir de fondement à une action en justice en dehors de toute relation contractuelle préexistante. Les autres concepts d'estoppel en droit anglais ne conduisent pas à ces solutions en raison de leurs caractéristiques propres : ils ne peuvent pas être à l'origine d'une action, le destinataire de la promesse ne peut pas prendre l'initiative de réclamer en justice la mise en œuvre de l'estoppel ; ils se greffent généralement sur un contrat formé ou en cours de formation.

## B. Le droit australien

La plupart des auteurs australiens rattachent clairement la théorie de l'estoppel à la responsabilité délictuelle<sup>125</sup>. La fonction de l'*equitable estoppel* n'est pas de faire exécuter les promesses mais de compenser les pertes résultant d'une confiance trompée (*detrimental reliance*). Il n'est à aucun moment question de conclusion forcée du contrat. Mais l'estoppel australien a, comme en Angleterre, une double nature : probatoire et substantielle<sup>126</sup>. L'estoppel probatoire a pour effet, de par sa nature, de tenir pour vraie une *representation*. Autrement dit, la *representation* reçoit une exécution forcée en nature<sup>127</sup>.

---

<sup>123</sup> *Griffiths v Williams* (1978) 248 E.G. 947, p 949.

<sup>124</sup> Sur ce point, cf. la seconde partie.

<sup>125</sup> Cf. note 79.

<sup>126</sup> A Robertson, 'Reliance, Conscience and the New Equitable Estoppel', Review Essay (2000) Melbourne ULR 7, note 24.

<sup>127</sup> Cf. note 72. Cet aspect est exposé dès à présent, même s'il s'intègre mal dans le cadre de cette sous-partie qui concerne la période contractuelle. Le mécanisme est le même qu'en droit anglais.

Dans l'affaire *Verwayen*<sup>128</sup>, le demandeur est blessé lors de la collision en 1964 de deux navires nationaux australiens. A ce moment là, il n'engage aucune action. Bien après l'acquisition de la prescription, il poursuit le défendeur, le Commonwealth, en dommages et intérêts pour les blessures reçues. Le défendeur lui assure qu'il ne soulèvera pas la prescription. Le demandeur continue alors la procédure. Au départ, le défendeur ne soulève pas l'exception de procédure mais, par la suite, il change d'avis et invoque la prescription. Le demandeur soulève l'estoppel et affirme que le défendeur ne peut plus invoquer la prescription. La Haute Cour décide en faveur du demandeur en interdisant au défendeur de soulever la prescription. Ce dernier est définitivement *estopped*.

### C. Le droit aux Etats-Unis

Le droit américain n'a pas toujours eu la cohérence du droit australien sur la question de la nature de l'obligation forcée par l'estoppel. Toutefois, il est plus compréhensible que le droit anglais car il n'existe pas autant de formes d'estoppel. Il peut être utile de montrer d'abord la double composition de l'estoppel : beaucoup de contrat et un peu de délit (*tort*). Les décisions qui mettent en valeur l'aspect contractuel viendront alimenter le propos. Les décisions en liaison avec le délit seront étudiées ultérieurement puisqu'il n'est question ici que de conclusion forcée<sup>129</sup>. Voici comment les choses se sont passées<sup>130</sup>.

Des années 1950 à 1980, la conception classique<sup>131</sup> du contrat a décliné. Le contrat n'a plus été conçu comme un moyen adapté par lequel les parties peuvent volontairement faire des lois pour elles-mêmes afin de régler leurs relations<sup>132</sup>. Au contraire, le contrat a été compris comme un instrument de réparation des dommages causés à autrui par la parole, de la même manière que le délit oblige chacun à réparer les dommages causés par ses fautes de conduite. Avec le contrat, ces dommages sont devenus des confiances en la parole d'autrui non tenue et causant un préjudice. La confiance trompée (*detrimental reliance*) est alors devenue le critère essentiel à l'origine de la responsabilité et de la sanction imposée par la loi et non plus par la

---

<sup>128</sup> *Commonwealth of Australia v Verwayen* (1990) 170 CLR 394.

<sup>129</sup> Pour l'aspect délictuel, cf. les développements à partir de la note 196.

<sup>130</sup> R E Barnett, 'The death of Reliance' (1996) 46 *J Legal Educ.* 518 ; J M Feinman, 'The Last Promissory Estoppel Article' (1992) 61 *Fordham LR* 303.

<sup>131</sup> L L Fuller, 'Consideration and Form' (1941) 41 *Columbia LR* 799, p 806.

<sup>132</sup> R E Barnett, *supra*.

volonté. Ce déclin du rôle de la promesse et du contrat classique a stoppé en 1980<sup>133</sup>. La théorie du *promissory estoppel* qui a été emporté par ce vent de tempête<sup>134</sup> a fait l'objet d'un nouveau consensus et d'un réexamen. Le premier réexamen a consisté à repenser le concept de confiance au sein du contrat. La confiance peut apparaître de deux façons dans le droit des contrats en droit américain. La première est la conception délictuelle du contrat dans laquelle la confiance trompée justifie une réparation, de la même manière qu'un dommage physique appelle une réparation. La seconde voit le contrat comme protégeant le droit d'une partie qui a confiance en l'engagement pris par son cocontractant. Selon la première conception, le dommage (*detrimental reliance*) justifie l'exécution du contrat. Selon la seconde, c'est l'existence du contrat qui justifie la confiance. Ainsi, soit on exécute les contrats parce que la confiance a été suscitée, soit on exécute les contrats pour que chacun puisse avoir confiance en la promesse d'autrui. Dans la seconde conception, la confiance est une fin en soi mais ne détermine pas le caractère obligatoire ou non du contrat<sup>135</sup>. Donc, l'existence d'une confiance trompée, seule, n'indique pas quand la confiance sera protégée. Pour être protégée, pour qu'il y ait un contrat ayant force obligatoire, il faut un engagement supporté par une cause (*consideration*). Aujourd'hui le nouveau consensus consiste à voir dans le *promissory estoppel* une théorie qui étend l'obligation au delà du champ de l'échange (*bargain*)<sup>136</sup>, puisque la *consideration* n'est pas constitutive de l'obligation, lorsque certains éléments sont présents. Et la *detrimental reliance* n'est plus aussi importante qu'auparavant. Il faut une promesse ; le problème étant de savoir quand une communication (opinions, prédictions, négociations) est une promesse<sup>137</sup>. Mais, si la théorie redevient contractuelle dans son contenu et dans sa mise en œuvre, la *detrimental reliance* n'a pas complètement déserté le terrain reconquis par le contrat. Ce qui fait dire à deux auteurs que le *promissory estoppel* sert deux fonctions normalement desservies par la sanction contractuelle traditionnelle et délictuelle : l'exécution forcée de certaines promesses voulues obligatoires par leurs auteurs et l'obligation de compenser le dommage causé par des affirmations factuelles pré-contractuelles inexactes (*misrepresentations*)<sup>138</sup>. Il existe plusieurs affaires aux Etats-Unis qui vont dans le sens de la

---

<sup>133</sup> E A Farnsworth, 'Developments in Contract Law During The 1980's : The Top ten' (1990) 41 Case W. Res. LR 203, p 219.

<sup>134</sup> Cf. note 99.

<sup>135</sup> R E Barnett, *supra*, p 522.

<sup>136</sup> *Idem*.

<sup>137</sup> D A Farber et J H Matheson, 'Beyond Promissory Estoppel : Contract Law and the "Invisible Handshake"' (1985) 52 U. Chi. L. Rev. 903, cité par Barnett, *supra*.

<sup>138</sup> M E Becker R E Barnett, 'Beyond Reliance : Promissory Estoppel, Contract Formalities, and Misrepresentations' (1987) 15 Hofstra LR 443, 445.

thèse du contrat ou du délit. On n'étudie dans cette sous partie que l'aspect contractuel. L'aspect délictuel sera mis en lumière ultérieurement.

L'analyse de la jurisprudence par E Yorio et S Thel<sup>139</sup> montre très clairement que la Section 90, comme la théorie de la *consideration*, confère force obligatoire aux promesses sérieuses. Si une promesse est considérée comme sérieuse à travers le filtre de la *consideration* ou de la confiance substantielle, le juge obligera l'auteur de cette promesse à s'exécuter. Le rôle joué par la promesse dans la mise en œuvre du *promissory estoppel* montre que cette théorie intervient dès le stade de la formation du contrat puisqu'elle rend obligatoire une offre, la promesse.

Dans l'affaire *Ricketts v Scothorn*<sup>140</sup>, le demandeur, Scothorn, a un travail lorsque son grand-père lui offre par écrit une somme d'argent importante. En lui faisant cette offre, le grand-père lui dit qu'aucun de ses autres petits-enfants ne travaille et qu'elle n'a pas besoin non plus de travailler. Le demandeur abandonne son travail sur la foi de la promesse mais, lorsque le grand-père décède, l'exécuteur testamentaire refuse d'honorer la promesse. La Cour juge qu'il n'y a pas de *consideration*, mais toutefois décide que le demandeur peut obtenir l'exécution forcée de la promesse car elle a modifié sa position à son détriment sur la foi de la promesse de son grand-père. L'exécuteur testamentaire ne peut donc pas invoquer l'absence de *consideration*.

Deux remarques. D'abord, l'estoppel permet de rendre exécutoire une promesse qui ne forme pas un contrat traditionnel (il n'est pas causé). Il rend inutile une condition de validité classique du contrat. Un contrat est formé malgré l'absence d'un de ses éléments constitutifs. En forçant l'exécution de la promesse, l'estoppel réduit le nombre des conditions de validité du contrat : la *consideration* disparaît, la promesse devient seule le pilier fondateur de l'engagement contractuel. Le rôle joué par l'estoppel est celui de substitut de la cause. C'est donc bien de la formation d'un contrat dont il s'agit ici. Ensuite, le juge insiste sur le changement de position préjudiciable sur la foi d'une assurance. Le critère qui est mis en œuvre n'est plus aujourd'hui aussi pertinent qu'il ne l'était en 1898, c'est-à-dire avant le premier *Restatement of Contract* qui consacre l'estoppel en tant que substitut de la *consideration*.

---

<sup>139</sup> E Yorio et S Thel, 'The Promissory Basis of Section 90' (1991) 101 Yale LJ 111.

<sup>140</sup> *Ricketts v Scothorn* (1898) 57 Neb. 51, 77 NW 365.

*Drennan v Star Paving Co*<sup>141</sup> est une décision de principe qui confère force exécutoire à une offre dans le cadre d'une sous-traitance. Un entrepreneur principal se prépare à répondre à un appel d'offre du gouvernement, le maître d'ouvrage, pour une construction immobilière. Selon une pratique commerciale, l'entrepreneur principal appelle plusieurs sous-traitants afin qu'ils fassent une offre pour leurs travaux respectifs. Ces sous-traitants savent que leur offre sera prise en compte par l'entrepreneur principal pour le calcul de l'offre finale au maître d'ouvrage. Le défendeur, un sous-traitant dalleur, ne promet pas explicitement de ne pas rétracter son offre mais une telle promesse se déduit nécessairement des pratiques en cours. L'entrepreneur principal, sur la foi de l'offre, calcule le montant de sa prestation. Il pense que l'offre du dalleur est certaine. Après l'acceptation de l'offre de l'entrepreneur par le maître d'ouvrage, le sous-traitant informe l'entrepreneur que le montant de son offre est erroné, en réalité sa prestation est plus chère. Il refuse de s'exécuter. L'entrepreneur recherche alors un nouveau sous-traitant et demande une indemnité pour inexécution de la part du dalleur. La Cour Suprême de Californie reprend l'analyse du *promissory estoppel* et confirme la décision des juges du fond en faveur de l'entrepreneur principal qui obtient des dommages et intérêts.

Dans l'affaire *Allegheny College v. National Chautauqua bank*<sup>142</sup>, un donateur accepte de payer \$5000 à un collège, 30 jours après son décès, afin de créer une bourse portant son nom pour des étudiants entrant en ministère religieux. Le donateur paye \$1000 de son vivant puis révoque son engagement. Après sa mort, le collège engage une action contre la banque, exécuteur testamentaire, pour obtenir les \$4000 restants. Le juge du fond tranche en faveur de la banque. Le collège fait appel. La Cour casse les juges du fond et décide que la promesse est exécutoire sur le fondement du *promissory estoppel*. Le juge Cardozo, minoritaire sur ce point, estime qu'il y a bien une *consideration* car la bourse doit être mise en valeur et porter le nom du donateur.

#### D. Le droit français

A priori, l'idée qu'un contrat puisse se conclure sans l'accord des cocontractants est une hérésie en droit français où le mythe de l'autonomie de la volonté constitue toujours le pilier

<sup>141</sup> *Drennan v Star Paving Co*, 51 Cal. 2d 409, 333 P.2d 757 (SCCal. 1958).

<sup>142</sup> *Allegheny College v. National Chautauqua bank* (1927) C. of App NY 246 NY 369, 159 NE.

de la force obligatoire du contrat <sup>143</sup>. Pourtant, il existe une espèce récente où le juge a forcé l'engagement d'une partie. C'est l'affaire des loteries publicitaires.

L'arrêt rendu en chambre mixte de la Cour de cassation du 6 septembre 2002, et confirmé par la première chambre civile de la même Cour en date du 18 mars 2003, dispose que « l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer ». Les juges se fondent sur l'article 1371 du Code civil. L'adoption du quasi-contrat clôt un long débat sur le fondement approprié pour obliger les sociétés organisatrices à octroyer le gain promis. La Cour de cassation a hésité entre l'engagement unilatéral de volonté (Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 1995, ce fondement est toutefois implicite dans la décision), le contrat (Cass.civ. 2<sup>ème</sup>, 11 février 1998 ; Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juin 2001) et le délit (Cass.civ.1<sup>ère</sup>, 19 octobre 1990). La responsabilité délictuelle n'a pas été retenue car la réparation du préjudice ne consistait pas nécessairement à octroyer le gain espéré. La responsabilité contractuelle, si elle permettait d'octroyer le gain espéré, cadrerait mal avec la situation de fait. La Cour évoquait la « rencontre de volonté » sans constater l'existence d'une offre et d'une acceptation. Or, sans ces éléments, il ne peut pas y avoir de rencontre de volonté. Une offre juridique doit être ferme et précise ; il faut une réelle volonté de s'engager, or, en l'espèce, la société ne veut pas octroyer le gain annoncé, le message n'est qu'un « pousse à la commande ». Le bénéficiaire du message n'a pas non plus accepté. L'espérance se nourrit dans un silence et ne se manifeste pas dans une acceptation. La réclamation du gain ne peut pas être une acceptation car on se situe au niveau de l'exécution d'un hypothétique contrat et non au niveau de la formation. Ainsi, en adoptant le modèle contractuel, le juge forçait la qualification juridique. L'engagement unilatéral avait l'avantage d'avoir les mêmes effets que le contrat (octroi du gain) et de ne forcer qu'une seule volonté. Mais ce fondement n'a pas été retenu en raison de la réception mitigée du concept qui cadre mal avec le fondement traditionnel de la force obligatoire du contrat en France (la rencontre d'au moins deux volontés).

L'adoption du quasi-contrat est audacieuse car la Cour de cassation crée une nouvelle forme de quasi-contrat, à côté de l'enrichissement sans cause (d'origine prétorienne aussi), de la gestion d'affaire et de la répétition de l'indu. Jusqu'en 2002, la liste était limitative. D Mazeaud remarque que « le critère de l'obligation quasi contractuelle ne réside plus dans

---

<sup>143</sup> F Terré, P Simler, Y Lequette, Droit Civil, Les Obligations, Précis Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, Dalloz, p 30-2.

l'avantage indûment reçu d'autrui à la suite d'un fait volontaire spontané et désintéressé, mais dans l'illusion légitime créée chez autrui à la suite d'un fait volontaire, fût-il intéressé. Dès lors, un changement radical s'opère quant à la fonction du quasi-contrat. Traditionnellement appréhendé comme un mécanisme de compensation ou de restitution en faveur de l'auteur d'un fait profitable d'autrui, il constitue désormais aussi une technique de sanction des promesses sans lendemain »<sup>144</sup>.

Quelles leçons faut-il tirer de cette jurisprudence ? Cette dernière n'a pas consacré le principe de cohérence, ou l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Elle a emprunté une autre voie, celle d'un quasi-contrat rénové. Mais sur le fond, transparaît la notion d'attente légitime. L'attente est légitime lorsque aucun aléa n'est mis en évidence. Cette attente n'est rien d'autre que la croyance provoquée en un gain identifié. Si les juges protègent cette croyance, c'est en raison de la nature de la relation. Un professionnel fait une promesse à un consommateur. L'intérêt en cause, protéger le consommateur contre les « abus » des professionnels, explique sans doute la vigueur de la sanction. On a donc ici une première manifestation des cas de figure où le juge protège une « confiance », entendue comme une croyance ou une attente. On retrouve aussi la contradiction, ou le critère de la *volonté forcée*. Le professionnel doit livrer le bien, alors même qu'il ne le veut pas. Il ne s'agit pas d'une conclusion forcée *stricto sensu*, dans le sens où le juge consacrerait l'existence d'un contrat (la conclusion suppose un accord de deux volontés), mais plutôt de la création *ex nihilo* d'un engagement qui a les mêmes effets qu'un contrat.

Le fait que les juges manifestent une intention claire de sanctionner un comportement en obligeant le professionnel à délivrer le gain ne diminue pas nécessairement l'importance du rôle de la confiance ou de la croyance légitime ; bien au contraire. Dans la conception française de la réparation, la mauvaise foi d'une partie ne peut appeler une sanction que si un dommage est causé. Un fait illicite n'oblige l'auteur à réparer que dans la mesure où il existe un dommage. En l'absence de pertes subies par une partie, l'Etat n'intervient pas pour rééquilibrer la situation. L'étude de la responsabilité délictuelle et contractuelle le montre très nettement <sup>145</sup>. En matière de loteries publicitaires, le fait, que la Cour veut sanctionner, n'apparaît aux yeux du juge et de la victime malhonnête que parce qu'il existe un dommage.

---

<sup>144</sup> D. 2002, 2693.

<sup>145</sup> Par exemple, sur l'absence de dommages et intérêts alloués au créancier d'une obligation inexécutée au motif qu'aucun dommage n'a été subi : *Cass.civ.3<sup>ème</sup>, 3 décembre 2003*. Ce point, qui est très particulier au droit français, sera développé dans la seconde partie.



C'est, d'une certaine manière, le dommage qui imprègne le fait, ici une promesse de livrer un gain, d'un parfum d'illicéité. La confiance légitime trompée justifie la sanction car elle est, d'une certaine manière, le dommage à réparer. Et le critère de l'aléa permet de dire si la confiance est légitime, et donc, de déterminer si le dommage est réparable ou non.

## § 2. La période contractuelle : l'exécution forcée et le maintien forcé

### A. Le droit anglais

Il faut distinguer selon qu'il s'agisse du *proprietary estoppel* ou des autres formes d'estoppel. Dans le premier cas, l'exécution forcée fait suite à la conclusion forcée du contrat. Dans le second cas, une *espèce* d'exécution forcée, non du contrat mais d'une promesse ou d'une *representation*, se greffe sur un contrat autonome qui ne résulte pas de l'estoppel mais de la volonté consentante des parties.

#### 1° L'exécution forcée en nature d'un contrat forcé : le *proprietary estoppel*

Le *proprietary estoppel* est une sanction qui se déploie en deux temps. Le premier temps, étudié précédemment, consiste à créer un consentement au contrat (étape de la *formalisation*) de l'auteur d'une promesse et à la demande du destinataire de cette promesse qui agit en justice. Le second temps est celui où le droit effectue le consentement en rendant réel et actuel la chose promise<sup>146</sup>. Ici, il est question de la matérialisation en nature de la chose.

En droit anglais, l'exécution forcée en nature est la *specific performance*<sup>147</sup>. Un ordre d'exécution forcée est un ordre du juge adressé à la partie défaillante d'exécuter l'obligation primaire découlant du contrat. Normalement en cas d'inexécution du contrat, le débiteur doit payer l'équivalent monétaire de l'exécution. Ces dommages et intérêts sont de droit tandis que la *specific performance* relève de la discrétion du juge. Historiquement cette exécution forcée en nature a été conçue comme un supplément de la réparation par équivalent, octroyé lorsque cette dernière est inadéquate. Selon un auteur, le principe est inversé en matière de

<sup>146</sup> Au moins en partie, tout dépend de l'analyse du droit dont est titulaire le bénéficiaire de la promesse. cf seconde partie.

<sup>147</sup> Pour une présentation : E McKendrick, 'Contract Law', 5th edition Palgrave Macmillan, 2003, p 453.

*proprietary estoppel*<sup>148</sup> ; l'exécution forcée en nature de la chose promise est la sanction de droit. Cette analyse ne résiste pas complètement à l'épreuve des faits. Mais il est vrai que dans un grand nombre de cas, le juge octroie un ordre de *specific performance*. Le bien promis est généralement transféré, sauf s'il existe des raisons contraires<sup>149</sup>.

Dans *Crabb v Arun DC*, les juges ordonnent au défendeur de céder au profit du demandeur un droit d'accès sur sa route<sup>150</sup>.

Dans la décision *Pascoe v Turner*<sup>151</sup> les faits sont les suivants. Le demandeur et le défendeur vivent ensemble depuis de nombreuses années. Le demandeur quitte le défendeur pour vivre avec une autre femme, mais lui dit que la maison et tout son contenu lui appartiennent. Sur la foi de cette affirmation, le défendeur dépense £230 afin de réparer la maison. Le demandeur réclame par la suite la maison et poursuit le défendeur en justice pour en obtenir la possession. Le défendeur demande à son tour que la propriété de la maison lui soit reconnue. La Cour d'appel donne raison au défendeur. Bien qu'il n'ait fourni aucune *consideration* pour la promesse du demandeur, le défendeur a agit à son détriment en ayant confiance en la promesse. Cette confiance ayant créé un droit (*equity*) au profit du défendeur, le juge estime que l'équité impose d'ordonner le transfert de propriété de la maison à son profit.

Dans la décision *Inwards v Baker*<sup>152</sup>, un fils construit pour lui-même une maison sur le terrain de son père, sur sa suggestion. Plus tard, le père réclame la propriété du bien. La Cour déclare ce dernier *estopped* et autorise le fils à utiliser la maison et le terrain pour le reste de sa vie. Mais le transfert de propriété n'a pas lieu.

Deux remarques. Premièrement, deux types de solutions ressortent de ces décisions. La première consiste à ordonner l'exécution forcée en nature de la chose promise elle-même. La seconde est légèrement différente bien qu'il s'agisse toujours de *specific performance*. Ce n'est pas la chose promise qui est exécutée au profit du destinataire de la promesse mais un équivalent, sans que cet équivalent soit un équivalent monétaire (dommages et intérêts). L'exécution forcée reste en nature mais le droit transféré est généralement diminué quant à

---

<sup>148</sup> Moriarty (1984) 100 L.Q.R. 376, cité par S Gardner, 'The Remedial Discretion in Proprietary Estoppel', (1999) 115 L.Q.R. 438.

<sup>149</sup> S Gardner, 'The Remedial Discretion in Proprietary Estoppel', (1999) 115 L.Q.R. 438.

<sup>150</sup> Supra note 95.

<sup>151</sup> *Pascoe v Turner* (1979) 1 WLR 431.

<sup>152</sup> *Inwards v Baker* (1965) 2 Q.B. 507.

son étendu mais non quant à sa nature. Par exemple, le juge octroie un droit de jouissance à titre viager sur un logement mais n'ordonne pas le transfert du droit de propriété<sup>153</sup>. L'attente légitime ou l'espérance du gain n'est pas toujours satisfaite en totalité.

Deuxièmement, l'exécution forcée en nature est contemporaine de la conclusion forcée du contrat. Normalement elle est octroyée par le juge à titre de sanction suite à la rupture du contrat. Elle relève du champ de l'obligation secondaire (l'obligation de réparation en cas de rupture) par opposition à l'obligation primaire (l'obligation initiale rompue). Or ici, l'exécution forcée en nature est ordonnée en même temps qu'est prononcée la conclusion forcée du contrat. Ceci montre bien que la conclusion forcée est déjà une sanction en soi car elle se confond avec l'exécution forcée. Cette similitude n'est pas que temporelle mais révèle la nature profonde de l'estoppel : obliger le promettant malgré lui (au stade de la formation et de l'exécution du contrat). L'exécution est nécessairement contemporaine de la formation car par définition le débiteur ne veut pas être débiteur.

## 2° Le maintien forcé de la promesse ou de la *representation*, à titre de défense

Ici, la confiance n'est pas le fondement d'une action (*cause of action*). L'estoppel joue comme un bouclier, comme un moyen de défense. Une partie ne peut pas agir en justice et invoquer l'estoppel afin qu'un droit lui soit transféré en raison d'une promesse ou d'une *representation*, comme pour le *proprietary estoppel*. Un contrat doit préexister. Mais cette *representation* et cette promesse peuvent donner lieu à exécution forcée. Plus précisément, le juge peut ordonner le maintien forcé de la promesse ou de la *representation*.

*L'estoppel by representation*. Une personne qui fait une *representation* conduisant un tiers à agir sur la foi de cette *representation* à son détriment ne peut plus agir ultérieurement de façon incohérente vis-à-vis de cette *representation*. C'est une règle de preuve qui empêche de façon *permanente* une partie de renier ou de prouver contre la *representation* qu'elle a faite. Comment faut-il comprendre le fait que l'estoppel équivaut à une exécution forcée en nature ? L'auteur de la *representation* ne peut pas nier ce qu'il a dit. Sa description est tenue pour vrai,

---

<sup>153</sup> Cette variation entre ce qui est promis et ce qui est reçu démontre l'existence du pouvoir discrétionnaire du juge, cette discrétion dépend elle-même de l'analyse du droit en question et de son étendue. Cette question sera étudiée dans la deuxième partie sur l'étendue de la sanction.

même si elle est fautive. P S Atiyah<sup>154</sup> établit un parallèle entre l'estoppel et l'exécution forcée en nature d'un contrat : l'estoppel « correspond à [l'exécution forcée en nature d'un contrat] dans le sens où la partie innocente est dans les deux cas en droit d'obliger le tiers à faire ce qu'elle a dit. Le tiers qui est empêché de nier la vérité des faits qu'il a représentés est dans une situation similaire au débiteur qui a rompu le contrat, mais qui est actionné en exécution forcée en nature (*specific performance*) ; lui non plus ne peut pas nier le fait qu'il doit exécuter son obligation. »

Dans l'affaire *Avon County Council*<sup>155</sup>, le défendeur est surpayé par son employeur, le demandeur. Ce dernier cherche à recouvrer l'argent payé en raison d'une erreur de fait. Le défendeur dit que le demandeur ne peut pas (*estopped*) le poursuivre car il lui a fait une *representation* selon laquelle il est propriétaire des sommes, *representation* qui a eu pour conséquence que le défendeur a dépensé une partie du montant reçu. La Cour d'appel confirme la position du défendeur. Sa défense est valable et n'est pas limitée aux sommes dépensées. La *representation* est maintenue dans sa totalité. L'argent reçu n'est que le résultat indirect du maintien de la *representation*. Il n'est pas octroyé suite à une action en justice du salarié. Ce dernier est défendeur, il utilise l'estoppel comme un moyen de défense. Aujourd'hui, les juges semblent admettre que l'estoppel ne puisse être qu'un moyen de défense partiel lorsqu'il est inéquitable ou déraisonnable pour le défendeur de garder la totalité des sommes indûment reçues. Dans ce cas, le défendeur n'a une défense qu'à hauteur des sommes dépensées<sup>156</sup>.

*Waiver*. Le mécanisme est le même. Il fonctionne comme une exécution forcée en nature. La partie *estopped* ne peut pas se contredire. Une partie accepte de modifier ou d'abandonner un droit existant qu'elle tient d'un contrat. Elle ne peut plus revenir en arrière. Son droit est perdu. Dans l'affaire *Hickman v Haynes*<sup>157</sup>, des parties concluent un contrat pour la vente de biens. L'acheteur demande ultérieurement au vendeur un délai de livraison. Le vendeur accepte et livre à la date demandée, mais l'acheteur refuse la livraison. Le vendeur intente une action en dommages et intérêts contre l'acheteur qui reproche au vendeur l'inexécution contractuelle consistant en la délivrance tardive du bien. La cour constate que l'acheteur a renoncé à son droit d'obtenir la délivrance à la date prévue au contrat et qu'il ne peut donc pas

<sup>154</sup> P S Atiyah, 'Misrepresentation, Warranty, Estoppel', *Essays on Contract*, (2001) OUP, p 308.

<sup>155</sup> *Avon County Council v Howlett* (1983) 1 WLR 603,622.

<sup>156</sup> E McKendrick, 'Contract Law', p 115.

<sup>157</sup> *Hickman v Haynes* (1875) LR 10 CP 598.

réaffirmer son droit sans la notification d'un délai raisonnable. Ici, contrairement à l'affaire *Avon County Council*, c'est le demandeur qui invoque l'estoppel ; l'effet de *waiver* est de lui permettre de réussir dans sa demande qui, autrement, n'aurait pas pu aboutir.

Le *promissory estoppel*. On a vu que cette doctrine s'applique lorsqu'une partie à un contrat, par ses mots ou par sa conduite, fait une promesse claire et non-équivoque qui conduit un tiers à supposer que les droits résultant du contrat ne seront pas exécutés, ou qu'ils seront maintenus en suspens. La partie, qui aurait pu demander l'exécution de ses droits, ne sera pas autorisée à les faire exécuter lorsqu'il serait inéquitable de le faire<sup>158</sup>. Généralement, l'effet du *promissory estoppel* est provisoire ; il suspend des droits qui peuvent être réaffirmés si le créancier notifie au débiteur son intention d'en demander le paiement. Cet estoppel se greffe sur un contrat préexistant. Une partie ne peut pas agir et invoquer l'estoppel. La promesse reçoit une exécution forcée en nature mais uniquement à titre de défense, et ne transfère aucun droit.

Dans l'affaire *Alan (W.J.) & Co*<sup>159</sup>, des vendeurs s'engagent à vendre deux cargaisons de café, une en Septembre/Octobre et une en Octobre/Novembre. Le contrat stipule que le paiement se fera par une lettre de crédit irrévocable en shillings du Kenya. Cependant, le crédit est ouvert en livre anglaise qui bénéficie alors d'une parité d'échange favorable par rapport à la livre du Kenya. La première cargaison est réalisée et le paiement est réclamé par le vendeur. La seconde cargaison réalisée, le vendeur envoie une facture en livre anglaise à la banque. Mais entre-temps la livre anglaise se dévalue. Le vendeur reçoit de la banque un paiement en livre anglaise inférieur à celui prévu par le contrat en raison d'une dévaluation de la monnaie britannique. Le vendeur demande la différence entre le paiement reçu pour la seconde cargaison et le prix qui aurait été reçu s'il avait été indexé sur la livre du Kenya. Le vendeur n'obtient pas ce qu'il demande devant les juges de la Cour d'appel. Il est obligé d'accepter la livre anglaise. Lord Denning voit dans cette affaire une manifestation de la théorie du *promissory estoppel* : le vendeur en acceptant la livre anglaise renonce à son droit de revenir sur sa position initiale et il est *estopped* de demander le paiement en livre du Kenya.

L'*estoppel by convention* apparaît lorsque des parties à une transaction se fondent sur un état de faits convenu, la convention étant soit faite par chacun d'eux, soit faite par l'un et acceptée

<sup>158</sup> *Hughes v Metropolitan Rly Co* (1877) 2 App Cas 439, p 448.

<sup>159</sup> *Alan (W.J.) & Co. Ltd. v El Nasr Export and Import Co.* (1972) 2 All ER 127.

par l'autre. Son effet est d'empêcher les parties de nier les faits convenus s'il est injuste de les autoriser à revenir sur cette convention<sup>160</sup>. La décision de principe est *Amalgamated Investment*<sup>161</sup>. Dans cette affaire, la convention commune entre les parties est qu'elles ont conclu un contrat de garantie aux termes duquel les demandeurs promettent de garantir un prêt octroyé par la filiale des défendeurs à une filiale des demandeurs. En fait, la rédaction de la garantie couvre les prêts faits par les défendeurs, et non ceux faits par leurs filiales. Plus tard, les défendeurs appellent en garantie les demandeurs qui saisissent alors le juge afin de faire constater que les défendeurs ne sont pas en droit d'exiger la garantie pour des prêts octroyés par leurs filiales car le contrat ne vise que les prêts faits par les défendeurs. Mais la Cour décide que les parties ont conclu un contrat de garantie sur le fondement d'une convention commune selon laquelle la garantie couvre les prêts octroyés par les filiales. L'effet de l'estoppel est donc d'empêcher les demandeurs de nier l'efficacité de la garantie. Ici, le juge donne force obligatoire à la convention qui ne peut pas être remise en cause. La conséquence pratique est que les défendeurs peuvent obtenir la mise en jeu de la garantie et donc récupérer leur argent. Mais l'estoppel n'intervient pas directement, il valide seulement un contrat préexistant<sup>162</sup>.

## B. Le droit aux Etats-Unis

Lorsque le contrat est conclu de force, comme en droit anglais, l'exécution est généralement instantanée, contemporaine de la formation. Le choix entre l'exécution forcée en nature ou par équivalent ne pose pas de problème particulier puisqu'il s'agit dans tous les cas d'obtenir l'exécution d'un contrat. Il faut se référer au droit commun<sup>163</sup>. L'exécution forcée en nature du contrat n'est obtenue que si les dommages et intérêts ne sont pas suffisants pour sanctionner la rupture du contrat. L'argument de base pour dire que les dommages et intérêts sont inadéquates est que l'objet du contrat est unique. Si un contrat a pour objet la vente d'un bien immobilier unique, alors les dommages et intérêts ne peuvent pas placer le demandeur dans la position qui aurait été la sienne si la vente avait eu lieu. Pour des raisons historiques, la propriété immobilière est considérée comme unique. Dans la section 2-716 du *Uniform Commercial Code*, l'exécution forcée en nature est prévue pour la vente de marchandises

<sup>160</sup> G H Treitel, 'An Outline of the Law of Contract', 5ed, Butterworths, p 48.

<sup>161</sup> *Amalgamated Investment and Property Co v Texas Commerce International Bank Ltd* (1982) QB 84.

<sup>162</sup> E McKendrick, 'Contract Law', p 119.

<sup>163</sup> C D Rohwer & A M Skroki, 'Contracts in a Nutshell' (2000) 5ed St Paul Minn. p 462 ; R E Barnett, 'Contracts, Cases and Doctrine' (1999) 2ed Aspen Law & Business. p 211.

lorsque les biens sont uniques ou dans certaines circonstances, par exemple l'approvisionnement de biens par contrat-cadre lorsque les biens en question sont rares.

Dans l'affaire *Greiner v Greiner*<sup>164</sup>, un père meurt et son fils est déshérité. La mère décide d'égaliser la situation de ce fils avec celle des autres enfants en lui cédant une partie de l'héritage. Le fils lui dit qu'il ne veut pas d'argent mais une maison. La mère lui dit qu'elle lui donnera une maison et une terre. Elle déplace son propre foyer vers ladite maison. Le fils quitte l'endroit où il vit pour s'installer dans la nouvelle maison qu'il améliore. La mère ne signe aucun acte authentique concernant la maison ou la terre. L'autre fils, qui était en voyage, rentre et dit à sa mère de ne pas signer l'acte. Ce qu'elle fait. Le fils déshérité agit en justice et gagne devant les juges du fond sur le fondement du *promissory estoppel*. La Cour d'appel confirme le jugement. La mère doit signer l'acte authentique. Le contrat reçoit l'exécution forcée en nature. La confiance digne de protection est ici matérialisée par le départ du fils vers la maison promise et par les travaux qu'il a réalisés.

Généralement, les cas les plus fréquents donnant lieu à exécution forcée en nature (*specific performance*) tournent autour d'une promesse de cession d'un terrain ; la promesse est exécutoire uniquement grâce au *promissory estoppel*, qui se substitue à un défaut dans le processus d'échange des consentements ou à un manque de *consideration*<sup>165</sup>.

L'exécution forcée en nature est parfois ordonnée dans d'autres domaines que la cession d'un droit immobilier<sup>166</sup>. Par exemple, dans l'affaire *D'Oench*, il est question d'un billet à ordre (*note*) émis par une société au profit d'une banque. Un courtier vend des obligations, qui se révèlent être sans valeur, à une banque qui est sous le contrôle de l'autorité bancaire FDIC.

<sup>164</sup> *Greiner v Greiner* (1930) S.C.Kansas, 131 Kan. 760, 293 P. 759.

<sup>165</sup> Par exemple : *Mazer v Jackson Ins. Agency*, 340 So. 2d 770 (Ala. 1976) ; *Christy v Hoke*, 127 Ariz. 169, 618 P.2d 1095 (Ct. App. 1980) ; *Elgin Nat'l Indus. v Howard Indus.*, 264 So. 2d 440 (Fla. Dist. Ct. App. 1972) ; *Johnson v. Pattison*, 185 N.W.2d 790 (Iowa 1971) ; *Cellucci v. Sun Oil Co.*, 2 Mass. App. Ct. 722, 320 N.E.2d 919 (1974) ; *Lear v Bishop*, 86 Nev. 709, 476 P.2d 18 (1970) ; *Wadsworth v Hannah*, 431 So. 2d 1186 (Ala. 1983) ; *Horsfield v. Gedicks*, 118 A. 275 (N.J. Ch.1922) ; *Young v. Overbaugh*, 39 N.E. 712 (N.Y. 1895) ; *Wells v. Davis*, 14 S.W. 237 (Tex. 1890) ;

<sup>166</sup> *McClatchy Newspapers v Superior Court*, 163 Cal. App. 3d 214 (Ct App. 1984) (exécution forcée d'une promesse de ne pas révéler un témoignage en scellant la déposition) ; *Southwest Water Servs. Inc v Cope*, 531 SW 2d 873 (Tex.Civ. App. 1975) (injonction de ne pas augmenter le prix de l'eau) ; *Remilong v Crolla*, 576 P 2d 461 (Wyo 1978) (octroi d'une injonction pour faire exécuter une clause restrictive). Les exemples sont cités en note par D A Farber et J H Matheson, 'Beyond Promissory Estoppel : Contract Law and the "Invisible Handshake"' (1985) 52 U. Chi. L. Rev. 903. ; d'autres exemples : *D'Oench, Duhme & Co. v. FDIC*, 315 U.S. 447 (1942) (exécution forcée d'un billet à ordre) ; *McLearn v. Hill*, 177 N.E. 617 (Mass. 1931) (exécution forcée en nature d'une promesse implicite de ne pas soulever la prescription) exemples cités par E Yorio et S Thel, 'The Promissory Basis of Section 90' (1991) 101 Yale LJ 111.

Pour rendre service, le courtier émet des billets à ordre au profit de la banque d'une valeur égale au montant nominal global des obligations, afin qu'elle puisse substituer les billets aux obligations et montrer ainsi dans ses comptes de « bons » actifs. Bien que l'engagement soit inconditionnel, la banque promet au courtier de ne jamais réclamer le paiement. Ni les termes des billets, ni rien d'autres dans les livres de la banque ne révèle cet engagement. Par la suite, elle est défailante et l'autorité bancaire, FDIC, est nommée liquidateur (*receiver*). Quand la FDIC veut obtenir le paiement des billets, le courtier soulève comme défense l'engagement initial de la banque de ne pas réclamer l'exécution des billets.

La Cour suprême des Etats-Unis écarte la défense. Elle déduit de la loi nationale bancaire un principe fédéral général qui vise à protéger la FDIC contre les affirmations trompeuses émises par les banques se trouvant sous son autorité et portant sur leurs actifs. Se fondant sur ce principe protecteur, la Cour décide que le courtier ne peut pas (il est *estopped*) invoquer la contre-lettre (*side agreement*) à titre de défense, non parce qu'il a fraudé mais parce que sa conduite a permis à la banque de surévaluer ses actifs. Les billets peuvent donc recevoir une exécution forcée en nature.

### C. Le droit français

Bien sûr, au niveau de l'exécution forcée, on retrouve le concept de quasi-contrat issu de la jurisprudence du 6 septembre 2002. Après le forçage de sa volonté, le débiteur doit s'exécuter et délivrer le gain.

L'engagement unilatéral de volonté est un autre exemple de promesse obligatoire en dépit de la volonté contraire de son auteur. Certains expliquent que la théorie de l'engagement unilatéral de volonté reste étrangère à la tradition juridique française, et qu'elle ne doit être retenue qu'exceptionnellement i.e lorsque aucun autre moyen ne permet de considérer le déclarant comme tenu d'une obligation dont la reconnaissance apparaît pourtant indispensable<sup>167</sup>. Il est vrai que le droit positif est hésitant à son égard<sup>168</sup>. Cette hésitation s'explique surtout par le fait que les parties sont sensées être, en principe, autonomes et d'égaies

---

<sup>167</sup> Cité par F Terré, P Simler et Y Lequette, *idem*, p 62 ; ils donnent en note n° 4 la position de Gény, 'Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif' : « On se trouvera amené à déclarer obligatoires, non pas toutes les promesses unilatérales, mais celles-là seulement qui paraîtront indispensables pour atteindre un résultat socialement désirable et impossible à réaliser pratiquement par une autre voie ».

<sup>168</sup> Sur le débat autour de l'engagement unilatéral de volonté comme source autonome d'obligations : F Terré, P Simler et Y Lequette, 'Les Obligations', (2002) 8<sup>e</sup> ed. Précis Dalloz, p 58-64.



puissances. Du coup, dans un rapport d'égalité, la reconnaissance d'un tel engagement n'est pas indispensable. Mais, il est toujours possible d'imaginer des situations où le rapport d'égalité n'existe pas, rendant ainsi la théorie de l'engagement unilatéral nécessaire. La jurisprudence a eu à se prononcer sur ce point en droit du travail.

Par exemple, dans l'arrêt du 27 juin 2000 <sup>169</sup>, les faits sont les suivants. Depuis 1974, une société verse à ses salariés une prime de fin d'année. Invoquant d'importantes pertes financières, elle en cesse le paiement en 1992 et 1993. Plusieurs salariés saisissent alors la juridiction prud'homale d'une demande en paiement d'un rappel de primes. Les juges du fond rejettent la demande car, selon eux, une gratification, même non prévue par le contrat de travail ou la convention collective, devient un élément permanent du salaire lorsque son usage est constant, fixe et général. Or, en l'espèce, la prime varie, suivant les années, en fonction de critères différents et n'est donc pas fixe. La Cour de cassation casse la décision d'appel sous le visa de l'article 1134 du Code civil. Elle estime que lorsqu'elle est payée en exécution d'un engagement unilatéral de l'employeur, une prime constitue un élément de salaire et est obligatoire pour l'employeur dans les conditions fixées par cet engagement, peu important son caractère variable. En statuant comme elle l'a fait, alors que la prime procédait d'un engagement unilatéral de l'employeur, la cour d'appel a violé le texte l'article 1134 du Code civil. Cet arrêt est intéressant car le juge suprême oblige l'employeur à verser la prime sur le fondement de l'engagement unilatéral de volonté mais vise l'article 1134 du Code civil qui consacre la bilatéralité et non l'unilatéralité. On retrouve les traits principaux de l'estoppel anglo-américain : un engagement initial, une rupture inefficace, une volonté forcée. La part de la confiance ou de la croyance des salariés dans le caractère obligatoire de l'engagement de l'employeur n'est sans doute pas négligeable. Certes les juges ne semblent s'intéresser qu'à la volonté de l'employeur ; mais la confiance particulière du salarié joue un rôle primordial. Cette confiance explique l'originalité du fondement de l'engagement. Traditionnellement, il n'est pas possible de dire qu'il existe un contrat (bien que dans cette décision l'article 1134 du Code civil soit visé) si certaines conditions comme la rencontre d'une offre et d'une acceptation ne sont pas présentes. En l'espèce, il n'y a pas une offre et une multitude d'acceptations. En général, l'employeur ne s'engage pas directement devant des salariés réunis qui accepteraient en chœur. Les déclarations patronales ont lieu en réalité devant des délégués ou un comité d'entreprise. La collectivité des salariés n'est jamais présente <sup>170</sup>. La

<sup>169</sup> Cf. Cass. soc. 27 juin 2000, Bull. 2000 V n° 246, *Défrenois* 2000. 1381, obs. D.Mazeaud.

<sup>170</sup> J Pélissier, A Supiot et A Jeammaud, 'Droit du Travail' (21ed, 2002) Précis Dalloz, p 137.

rencontre des volontés est donc impossible. Pourtant l'employeur est tenu. L'engagement unilatéral de volonté est le fondement adopté car il n'est pas possible de retenir l'existence d'un contrat. Et cette reconnaissance de l'engagement unilatéral s'explique par la particularité de la relation de travail. Celle-ci est verticale et s'inscrit dans un rapport évident de dépendance du salarié à l'égard de l'employeur. « On se trouve[...] amené à déclarer obligatoires, non pas toutes les promesses unilatérales, mais celles-là seulement qui paraîtront indispensables pour atteindre un résultat socialement désirable et impossible à réaliser pratiquement par une autre voie »<sup>171</sup>. Cette remarque de Gény est particulièrement appropriée en l'espèce. Ce résultat socialement désirable est l'amélioration du sort des salariés ou la protection d'un climat de confiance entre l'employeur et ses salariés. Dans la mesure où l'engagement du patron d'augmenter les primes de fin d'année a déjà bénéficié ou a suscité la croyance légitime des salariés que l'avantage serait octroyé, le juge oblige l'auteur de cet engagement à s'exécuter. La notion de confiance privilégie et protège les intérêts des salariés. Ce rôle actif de la confiance est révélé par le régime même de l'engagement unilatéral de volonté. Ce dernier est juridiquement obligatoire que s'il « apporte une garantie ou un avantage aux salariés, et il ne peut déroger à la loi ou à la convention collective que dans un sens favorable à ces salariés »<sup>172</sup>. L'employeur ne peut plus se contredire lorsque les salariés croient ou ont confiance en l'avantage octroyé. Ici, la croyance des salariés ne crée pas un droit (contrairement aux affaires des loteries publicitaires) mais a pour effet de maintenir un engagement librement consenti. Mais ce maintien n'est pas absolu. L'engagement peut être annulé par une dénonciation « notifiée aux représentants du personnel, ainsi qu'à tous les salariés individuellement s'il s'agit d'une disposition qui leur profite »<sup>173</sup>. L'engagement n'est alors plus obligatoire car la dénonciation informe les salariés par avance qu'il ne faut plus espérer conserver l'avantage octroyé. La dénonciation est une procédure reconnue par le droit au profit de l'employeur pour rendre illégitime la croyance des salariés. Cette procédure permet ainsi de concilier l'intérêt du salarié avec celui de l'employeur. Certes, il est toujours possible de voir dans cette dénonciation un droit pour l'employeur de se contredire. Mais il faut faire attention à ne pas confondre cause et effet en l'espèce. L'interdiction de se contredire est un effet juridique (une sanction prononcée par le juge) qui trouve son fondement dans une confiance et une croyance légitime. Si l'employeur peut ne plus octroyer

---

<sup>171</sup> Cf. note 163.

<sup>172</sup> J Péliissier, A Supiot et A Jemmaud, *supra*, p 138.

<sup>173</sup> *Idem*. En matière de loterie publicitaire, la croyance peut aussi être annulée si l'entreprise met en évidence un aléa ; cette mise en évidence empêche alors la *naissance* de la croyance. Avec la dénonciation de l'engagement unilatéral, c'est la *continuation* de la croyance qui est empêchée.

l'avantage promis (légitimement se contredire), ce n'est que parce qu'il n'y a plus de croyance légitime. Cette disparition de la croyance résulte de la mise en œuvre encadrée d'un droit reconnu à l'employeur. Le droit de ne plus octroyer l'avantage promis ne se fonde pas sur l'absence d'un principe général de ne pas se contredire au détriment d'autrui ; ce droit n'est rendu possible que parce que la croyance est devenue illégitime.

Dans d'autres espèces, les juges obligent une partie à maintenir un contrat valablement formé. On retrouve ici une approximation de l'estoppel anglais procédural qui se greffe sur un contrat et qui, en empêchant le titulaire d'un droit d'invoquer ce droit dans une relation contractuelle, conduit au maintien forcé du contrat.

L'arrêt du 2 juin 1987 de la première chambre civile de la Cour de cassation est un exemple intéressant <sup>174</sup>. Une personne est informée par l'employée d'une compagnie nationale de transport aérien de la possibilité de réaliser un voyage Paris-Los Angeles-Papeete et retour pour le prix total de 4 980 francs. Sur ce, la personne achète à l'agence de ladite compagnie le billet correspondant à ce voyage qu'elle accomplit effectivement. Neuf mois plus tard, la compagnie aérienne allègue, suite à une erreur de son agence, que le billet a été acheté à moitié prix par la cliente et demande à cette dernière de lui payer le complément, soit 4 980 francs. Le tribunal d'instance, pour qui l'erreur commise s'analyse en une simple erreur de calcul dans la détermination du prix du billet individuel à partir d'un tarif général, affirme que la cliente, qui s'apprête à effectuer un périple d'une telle importance, ne peut pas ne pas avoir connaissance du prix réellement applicable. Le tribunal la condamne alors à payer à la compagnie la moitié du redressement demandé, l'autre moitié étant laissée à la charge du transporteur en raison de sa responsabilité dans l'erreur commise.

Mais la Cour de cassation ne suit pas le raisonnement des juges du fond et casse le jugement sur le fondement de l'article 1134 du Code civil. Voici son attendu : « Attendu, cependant, que, malgré l'existence de tarifs soumis à l'homologation de l'autorité administrative, le transporteur aérien qui, par suite d'une erreur dont il est responsable, délivre un billet à un prix inférieur au tarif ne peut, après la réalisation du voyage, réclamer à son client un complément de prix que s'il démontre que ce dernier avait eu connaissance de l'erreur commise avant le

---

<sup>174</sup> *Bull. Civ.*, I, n° 182. Dans son article, M Behar-Touchais (Colloque Economica, 'L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui', p 91) cite d'autres décisions : Paris, 18 février 1993, JCP, 1993 I. 3725 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 1995, *Bull. Civ.*, I, n° 303 : refus d'annuler la vente du bijou Cartier vendu 100.000 francs à la suite d'une erreur d'étiquetage, le prix réel aurait dû être de 460.419 francs.

voyage et n'avait donc pas été de bonne foi dans l'exécution de la convention ; d'où il suit qu'en ne recherchant pas si [la cliente] avait eu effectivement connaissance du prix réellement applicable avant d'accomplir le voyage, le tribunal d'instance n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Cette décision est intéressante pour plusieurs raisons <sup>175</sup>. Le fondement invoqué est l'article 1134 du Code civil et plus particulièrement le troisième alinéa qui dispose que les conventions doivent être exécutées de bonne foi. En l'espèce, la cliente peut avoir exécuté son obligation de bonne foi si elle a légitimement cru que le prix du billet était celui annoncé. Le débat semble s'être concentré sur la question de la croyance légitime. Les juges du fond affirment que cette croyance n'est pas légitime en raison de l'importance du voyage en cause. La cliente devait nécessairement connaître le prix réel du billet. Mais la Cour de cassation sanctionne les juges du fond de ne pas avoir réellement constaté la connaissance du prix normal du billet. La croyance est légitime si la cliente n'a pas réellement connaissance du prix du billet, elle est illégitime si elle en a connaissance. Il est certain que l'effet d'une telle croyance est d'empêcher la compagnie de réclamer le prix total du billet. Elle a dit que le billet valait tant, elle ne peut plus ensuite dire le contraire. On retrouve le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Et ce principe repose ici sur la bonne foi de la cliente. Le contexte de la relation contractuelle est intéressant, et il faut le relever car il peut exercer une influence sur l'appréciation de la légitimité de la croyance. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat d'adhésion. La compagnie bénéficiait à l'époque d'un monopole économique et les prix étaient fixés par l'Etat. Dans de telles conditions, les juges sont sans doute plus enclins à estimer que la croyance est légitime.

A côté de la réparation en nature qui peut être octroyée dans les différents droits nationaux, la protection de la confiance passe aussi par l'allocation de dommages et intérêts.

## Section 2. Les dommages et intérêts

---

<sup>175</sup> La question qui peut se poser est celle de savoir si le consommateur peut prendre l'initiative d'agir contre le professionnel pour obtenir un billet à prix bradé, dans le cas de figure où la compagnie, qui se rend compte de son erreur avant le départ en voyage du client, exige de celui-ci le supplément du prix.

Les dommages et intérêts servent deux causes distinctes. D'un côté, ils sont une forme d'exécution forcée du contrat ou de la promesse, mais par équivalent (§ 1). De l'autre, ils ne visent qu'à compenser un dommage (§ 2).

## § 1. L'exécution forcée par équivalent

### A. Le droit anglais

La notion d'équivalent conduit à éliminer les cas d'estoppel qui ne donnent pas lieu à la conclusion forcée d'un contrat : tous les estoppels à l'exception du *proprietary estoppel*. En effet, par définition, les premiers ont pour objet le maintien d'une promesse ou d'une *representation* qui ne transfère pas de droits mais qui modifie un contrat préexistant. Par contre, le *proprietary estoppel* peut créer des droits et servir de fondement à une action en justice pour obtenir la reconnaissance publique de ces droits. On a vu que la mise en œuvre de cet estoppel se réalise en deux étapes : la formalisation (conclusion forcée du contrat) et la matérialisation (exécution forcée). La matérialisation suit un double régime. La première voie a déjà été étudiée, i.e l'exécution forcée en nature qui est la règle de principe. Mais la voie de l'exécution forcée par équivalent est toujours possible. Le juge a un pouvoir discrétionnaire<sup>176</sup>. L'avantage des dommages et intérêts est de pouvoir adapter la sanction aux faits d'espèces. Il existe diverses raisons qui justifient la mise à l'écart de l'exécution forcée en nature au profit de l'exécution forcée par équivalent<sup>177</sup>.

Dans la décision *Wayling v Jones*<sup>178</sup>, les juges affirment que le demandeur peut invoquer l'estoppel contre le défendeur. Le gain espéré est la propriété d'un terrain. Mais le défendeur entre-temps cède le bien. Les juges estiment alors qu'il est impossible d'ordonner au défendeur de transférer la propriété du terrain au profit de demandeur. La sanction par défaut est donc une exécution par équivalent sous la forme de dommages et intérêts.

Dans l'affaire *Holiday Inns Inc. v Broadhead*<sup>179</sup>, le demandeur, une société d'hôtellerie, entre en négociation avec le défendeur, propriétaire de plusieurs terrains, en vue d'établir un partenariat pour la construction d'un hôtel près d'un aéroport. Le défendeur doit louer le

<sup>176</sup> L'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge sera étudié ultérieurement, dans la seconde partie.

<sup>177</sup> S Gardner, 'The Remedial Discretion in Proprietary Estoppel', (1999) 115 L.Q.R. 438.

<sup>178</sup> *Wayling v Jones* (1995) 69 P.& C.R. 170.

<sup>179</sup> *Holiday Inns Inc. v Broadhead* (1974) 232 EG 951.

terrain au demandeur qui doit payer le loyer en fonction d'un pourcentage des recettes futures de l'hôtel. Lors des pourparlers, le défendeur propose un premier terrain qui ne satisfait pas le demandeur. Le défendeur trouve alors un second terrain et l'offre au demandeur. Ce dernier, satisfait, dépense du temps et de l'argent pour obtenir le permis de construire. Après un procès gagné pour l'obtention du permis concernant le second terrain, le demandeur voit le propriétaire défendeur rompre les pourparlers et offrir le terrain à un de ses concurrents qui l'accepte de bonne foi. Le demandeur agit en justice. Les juges acceptent l'action sur le fondement de l'estoppel. Mais le défendeur ne peut plus céder le bail ; les juges octroient donc des dommages et intérêts.

Dans l'affaire *Baker v Baker*<sup>180</sup>, le demandeur, un locataire, propose à son fils et à sa belle-fille d'acheter avec eux une maison. Selon l'accord, le demandeur peut y vivre jusqu'à la fin de ses jours sans avoir à payer de loyer. Suite à des conflits, le demandeur quitte la maison et demande réparation devant le juge sur le fondement de l'estoppel pour la perte d'une chambre gratuite et la joie de pouvoir bénéficier des charmes d'une maison. Les juges octroient au demandeur une somme d'argent. L'exécution en nature est à l'évidence impossible puisque, dans cette hypothèse, le demandeur serait obligé de vivre avec sa famille qu'il n'aime plus.

#### B. Le droit australien

En raison de la nature délictuelle de l'estoppel, les dommages et intérêts réparent un dommage causé. Ils ne sanctionnent pas une inexécution contractuelle par la voie de l'exécution forcée par équivalent. La question de l'octroi de dommages et intérêts est donc étudiée ultérieurement<sup>181</sup>.

#### C. Le droit aux Etats-Unis

L'exécution forcée par équivalent est le remède le plus courant en matière d'estoppel. Les cas de *specific performance* sont moins nombreux, comme en droit commun du contrat (les biens immobiliers uniques sont plus rares que les biens mobiliers et services). La liste des exemples

---

<sup>180</sup> *Baker v Baker* (1993) 2 FLR 247 ; pour d'autres cas de cohabitation forcée impossible : *Burrows and Burrows v Sharp* (1989) 23 HLR 82 ; *Dodsworth v Dodsworth* (1973) 228 EG 1115.

<sup>181</sup> Cf. La réparation du dommage.

est longue<sup>182</sup>. Il faut rappeler qu'il s'agit ici de dommages et intérêts sanctionnant l'inexécution d'une promesse rendue obligatoire par la théorie du *promissory estoppel*.

Dans l'affaire *Grouse v Group Health Plan*, le demandeur, Grouse, est un pharmacien qui travaille pour Richter Drug. Il entre en contact avec Elliott du groupe Health, et ensuite avec Shoberg (directeur général). Tout se passe bien et Elliott offre un travail à Grouse. En conséquence de quoi, Grouse quitte son travail actuel et rejette une proposition de l'administration de l'Hôpital des Vétérans. Mais, en raison de problèmes administratifs à propos du dossier de Grouse, Elliott engage une autre personne. Quand Grouse est prêt pour commencer à travailler, il n'y a plus de travail pour lui dans le Group Health, et il a du mal à retrouver un nouvel emploi. La Cour décide que Grouse peut obtenir des dommages et intérêts sur le fondement du *promissory estoppel*.

Dans l'affaire *Cohen v Cowles Media*, Cohen fournit des informations désobligeantes sur un candidat, rival politique de son candidat, à des journaux qui s'engagent à ne pas révéler son identité. Mais l'article final cite Cohen ; ce faisant, les journalistes violent leur engagement de confidentialité, ils identifient leur source comme un partisan du candidat républicain aux élections de gouverneur et désignent l'entreprise de publicité où il travaille. Les éditeurs ont estimé que l'identité de la source est une information aussi intéressante que l'information elle-même. Cohen est, suite à cet article, licencié automatiquement. Le jury lui octroie \$200.000. sur le fondement du *promissory estoppel*.

Dans la décision *Feinberg v Pfeiffer Co*, le demandeur estime qu'il est en droit d'obtenir de son ancien employeur une pension. Sa demande est basée sur une résolution du conseil d'administration de la société qui spécifie qu'il touchera \$200 par mois lorsqu'il décidera de

---

<sup>182</sup> Quelques exemples : *Janke Constr. Co. v. Vulcan Materials Co.*, 386 F. Supp. 687 (W.D. Wis. 1974) ; *Crail v. Blakely*, 505 P.2d 1027 (Cal. 1973) ; *Burgess v California Mut. Bldg. & Loan Ass'n*, 290 P. 1029 (Cal. 1930) ; *Graddon v Knight*, 292 P.2d 632 (Cal. Dist. Ct. App. 1956) ; *Chrysler Corp. v Quimby*, 144 A.2d 123 (Del. 1958) ; *Salsbury v. Northwestern Bell Tel Co.*, 221 N.W.2d 609 (Iowa 1974) ; *Devecmon v. Shaw*, 14 A. 464 (Md. 1888) ; *Feinberg v. Pfeiffer Co.*, 322 S.W.2d 163 (Mo. Ct. App. 1959) ; *Ricketts v. Scothorn*, 77 N.W. 365 (Neb. 1898) ; *Spiegel v Metropolitan Life Ins. Co.*, 160 N.E.2d 40 (N.Y. 1959) ; *Siegel v. Spear & Co.*, 138 N.E. 414 (N.Y. 1923) ; *De Cicco v. Schweizer*, 117 N.E. 807 (N.Y. 1917) ; *Hamer v Sidway*, 27 N.E. 256 (N.Y.1891) ; *In re Field's Estate*, 172 N.Y.S.2d 740 (Sur. Ct. 1958) ; *East Providence Credit Union v. Geremia*, 239 A.2d 725 (R.I 1968) ; *Nimrod Mktg. (Overseas) Ltd. v. Texas Energy Inv. Corp.*, 769 F.2d 1076 (5th Cir. 1985) ; *Green v. Interstate United Mgt. Serv. Corp.*, 748 F.2d 827 (3d Cir. 1984) ; *Werner v. Xerox Corp.*, 732 F.2d 580 (7th Cir. 1984) ; *Hunter v Hayes*, 533 P.2d 952 (Colo. Ct. App. 1975) ; *Baxter's Asphalt & Concrete, Inc. v. Liberty County*, 406 So. 2d 461 (Fla. Dist. Ct. App. 1981) ; *Ravelo ex rel Ravelo v. County of Haw.*, 658 P.2d 883 (Haw. 1983) ; *State Mechanical Contractors, Inc. v. Village of Pleasant Hill*, 477 N.E.2d 509 (Ill. App. Ct 1985) ; *Grouse v. Group Health Plan*, 306 N.W.2d 114 (Minn. 1981) ; *Stacy v Merchants Bank*, 482 A.2d 61 (Vt. 1984) ; *Cohen v Cowles Media Co.*, 479 NW 2d 387 (Minn. 1992).

prendre sa retraite. Il prend effectivement sa retraite un an et demi après, à 57 ans, et reçoit sa pension pendant près de sept ans. Cependant, suite à un changement de contrôle de la société, cette dernière ne veut plus payer la pension. L'affaire est portée devant la Cour d'appel du Missouri. Cette Cour décide qu'aucune *consideration* n'a été fournie car aucune action particulière n'a été exigée de la part de l'employeur en retour de la promesse. Mais, les juges ordonnent quand même l'exécution de la promesse en invoquant le *promissory estoppel*.

#### D. Le droit français

Les dommages et intérêts sont utilisés par le juge français pour protéger une confiance ou une croyance légitime. Mais il s'agit rarement de faire exécuter un contrat ; en principe, seule la notion de dommage à réparer est invoquée. Bien que le contexte soit contractuel – négociation de contrat ou rupture de contrat – l'objectif poursuivi est de réparer un dommage consistant principalement en une confiance trompée. Cette question, par conséquent, sera étudiée sous la rubrique suivante, à savoir l'octroi de dommages et intérêts aux fins de réparation d'un dommage.

### § 2. La réparation du dommage

#### A. Le droit anglais

Dans sa mise en œuvre, l'estoppel anglais montre peu de points communs avec la responsabilité délictuelle. L'utilisation de la *specific performance* en matière de *proprietary estoppel* incline à penser que seul un contrat est en jeu. En effet, l'exécution forcée en nature est une sanction d'équité qui est réservée au contrat et n'a rien à voir avec le délit. La réalisation, en principe, de l'espérance d'un gain par la voie du transfert de propriété s'oppose à la méthode de la responsabilité délictuelle qui consiste à remettre les choses en place, comme si le dommage n'avait jamais eu lieu. Pour les autres types d'estoppel (*estoppel by representation, promissory estoppel, estoppel by convention, waiver*), aucun dommages et intérêts n'est accordé. Et la sanction de l'exécution forcée en nature peut être utile pour éliminer la référence au *tort*. Mais on ne voit pas en quoi le maintien forcé ne pourrait pas compenser un dommage. L'exemple australien montre qu'il est toujours possible de situer la théorie de l'estoppel dans le domaine de la responsabilité délictuelle alors même que l'exécution forcée en nature de la promesse est recherchée et obtenue. On peut aussi



remarquer qu'en matière d'*estoppel by representation* la sanction peut être proportionnelle au dommage résultant de la confiance trompée<sup>183</sup>. Certes, la référence à la responsabilité délictuelle doit être a priori écartée car le concept de *tort* relève de la common law, alors que l'estoppel est un concept d'équité<sup>184</sup>. L'argument peut toutefois paraître un peu trop formel pour être vraiment pertinent. Le régime common law du *tort* peut toujours imprimer sa marque par assimilation au régime de l'estoppel.

La doctrine anglaise reconnaît qu'il est difficile de déterminer quel est le fondement de l'estoppel et de déterminer sa raison d'être<sup>185</sup>. L'étude de l'étendue de la sanction (les différents intérêts en jeu qui sont protégés) peut apporter un éclairage nouveau et utile. D'ailleurs un auteur propose de voir d'abord quel intérêt est consacré par le juge pour déduire ensuite la nature de l'obligation<sup>186</sup>. C'est ce que l'on s'efforcera de faire dans la seconde partie.

## B. Le droit australien

Comparé au droit anglais, le droit australien est relativement limpide. Ainsi, selon un auteur<sup>187</sup>, lorsque l'effet de l'estoppel est de protéger la confiance placée dans une promesse non-contractuelle, alors l'intervention de l'équité pour compenser le préjudice subi, plutôt que pour octroyer le gain espéré, différencie cette théorie du droit du contrat. De plus le comportement déraisonnable (*unconscionable conduct*) joue un rôle important aux yeux de Dawson J dans *Verwayen*.

L'estoppel relève du domaine délictuel. On peut donc parler à son égard de dommage, de réparation et de faute. Mis à part la particularité de l'estoppel probatoire, où l'exécution forcée en nature de la *representation* peut être recherchée, la sanction se mesure en dommages et intérêts.

---

<sup>183</sup> Cf. note 156.

<sup>184</sup> E McKendrick, *Contract Law, Text, Cases and Materials*, Oxf.U.P. (1 mai 2003), p 263.

<sup>185</sup> *Idem*, p 267.

<sup>186</sup> A S Burrows, « Contract, Tort and Restitution – A Satisfactory Division or Not » (1983) 99 LQR 217 p 217-9: proposant de déduire la nature de l'obligation de la sanction (*remedies*).

<sup>187</sup> P Parkinson, 'Estoppel' in P Parkinson (ed), *The Principles of Equity* (1996), p 226, cite par A Robertson, "Situating Equitable Estoppel Within the Law of Obligations", (1997) 19 Sydney Law Review, 32 p 60.

L'affaire *Walton Stores*<sup>188</sup> de la Haute Cour d'Australie est la plus connue. Les parties négocient un bail et un projet immobilier important. Le demandeur est le propriétaire du terrain qu'il espère louer aux défendeurs. Il est aussi prévu que le demandeur démolisse le bâtiment existant sur le site et érige à la place un nouvel ensemble correspondant aux spécifications des défendeurs. Les négociations atteignent un stade avancé et les conseils reçoivent les instructions pour préparer les documents formels. Le demandeur signe les documents qu'il faut et les expédie aux conseils des défendeurs pour signature et échange. Il est informé par ses conseils que les contrats ont été envoyés aux défendeurs et croit que tout va bien se passer. En raison de cette croyance et parce que le projet est d'une extrême urgence, le demandeur commence à démolir le bâtiment qui se trouve sur son terrain. Pendant ce temps, les défendeurs se mettent à hésiter et demandent à leurs conseils de ralentir les procédures, alors même qu'ils savent que le demandeur a commencé les travaux. Après que le demandeur ait entamé une grande partie des travaux, les défendeurs l'informent qu'ils se retirent du projet. Le demandeur demande alors au juge qu'il constate l'existence d'un contrat ayant force obligatoire entre lui et les défendeurs et des dommages et intérêts. Le problème est qu'il n'y a eu à aucun moment un échange de consentement. Cependant, le demandeur affirme que les défendeurs ne peuvent pas (ils sont *estopped*) rétracter leur promesse implicite de signer le contrat. La Haute Cour d'Australie confirme l'analyse du demandeur et décide que les défendeurs ne peuvent pas nier qu'un contrat existe. La majorité des juges (Mason CJ, Wilson J et Brennan J) pensent que les défendeurs ont affirmé au demandeur qu'ils *signeraient* le contrat, ce faisant ils fondent leur raisonnement sur l'*equitable estoppel* (*promissory estoppel* en droit anglais). Deane J et Gaudron J choisissent plutôt de s'appuyer sur la théorie de l'*estoppel by representation* (common law estoppel) ; ils estiment que le comportement des défendeurs a incité le demandeur à croire qu'un contrat *existait déjà* et que c'est à cause de cette croyance, et moins en raison de l'espérance qu'un contrat serait conclu dans l'avenir, que le demandeur a subi un préjudice. Le demandeur obtient des juges, non l'exécution forcée en nature (*specific performance*) de la promesse, mais des dommages et intérêts.

Il est clair que pour les juges la mise en œuvre de l'estoppel ne consiste pas à reconnaître l'existence d'un contrat et à en sanctionner l'inexécution par l'octroi de dommages et intérêts à titre d'exécution forcée par équivalent. Brennan J déclare dans cette décision que l'*equitable*

---

<sup>188</sup> *Walton Stores (Interstate) Ltd v Maher* (1988) 164 CLR 387.

*estoppel* n'élève pas des promesses non-contractuelles au rang de promesses contractuelles et que la doctrine de la *consideration* n'est pas remise en cause par un vent de travers. L'*equitable estoppel* complète les dommages et intérêts en matière délictuelle pour affirmations négligentes ou fraudes et renforce les sanctions (*remedies*) offertes aux parties qui agissent à leur détriment sur la foi de ce qui leur est dit<sup>189</sup>. Brennan J précise qu'il existe des différences entre un contrat et un droit (*equity*) créé par l'estoppel. Une obligation contractuelle résulte d'un accord entre les parties ; un droit créé par l'estoppel peut être imposé avec ou sans le consentement de l'obligé. Une obligation contractuelle doit être causée (*supported by consideration*) ; un droit créé par l'estoppel n'a pas besoin d'être, stricto sensu, causé. La mesure de l'obligation contractuelle dépend des termes du contrat et des circonstances dans lesquelles il s'inscrit ; la mesure du droit créé par l'estoppel varie selon ce qui est nécessaire pour *réparer le dommage résultant d'un comportement déraisonnable (unconscionable conduct)*<sup>190</sup>. Généralement, l'octroi de dommages et intérêts suffit à atteindre cet objectif. Mais, étant donné que l'estoppel est une doctrine d'équité, la réparation est avant tout flexible<sup>191</sup>. Donc, il est toujours possible que la sanction corresponde, dans certaines hypothèses, à un transfert de propriété d'un bien du défendeur, à la diminution d'un de ses droits ou à l'augmentation d'une de ses obligations<sup>192</sup>.

L'octroi de dommages et intérêts reste toutefois le moyen de réparation privilégié. Par exemple, dans l'affaire *W v G*<sup>193</sup>, la théorie de l'*equitable estoppel* a effectivement servi de fondement à une action en demande de pension alimentaire pour un enfant contre une femme qui promet à sa partenaire qu'elle l'aidera à élever son enfant. Le demandeur avait conçu et donné naissance à deux enfants sur la foi d'une assurance, faite par sa partenaire, qu'elle se comporterait comme le parent de ces enfants et assisterait et contribuerait à leur éducation. Le juge Hodgson J octroie une réparation sur le fondement de l'*equitable estoppel*, ordonnant au défendeur de payer une somme d'argent.

---

<sup>189</sup> *Walton Stores (Interstate) Ltd v Maher* (1988) 164 CLR 387, p 426.

<sup>190</sup> *Idem*, 425

<sup>191</sup> *Commonwealth of Australia v Verwayen* (1990) 170 CLR 394, p 445, par Deane J.

<sup>192</sup> *Walton Stores*, supra, p 426, par Brennan J.

<sup>193</sup> *W v G* (1996) 20 Fam LR 49, cité par A Robertson, 'Reliance, Conscience and the New Equitable Estoppel', Review Essay (2000) Melbourne ULR 7.

Dans l'affaire *Giumelli v Giumelli*<sup>194</sup>, le demandeur fait appel d'une décision de la Cour Suprême d'Australie Occidentale octroyant au défendeur un trust (*constructive trust*) sur une terre qui lui avait été promis. La Haute Cour autorise l'appel et casse la décision. Elle décide, en tenant compte des circonstances de l'espèce, que l'octroi de dommages et intérêts est plus approprié que le transfert d'un droit direct sur la terre sous la forme du trust. Ainsi la Haute Cour substitue les dommages et intérêts à une réparation en nature.

### C. Le droit aux Etats-Unis

Il s'agit de présenter ici les décisions qui montrent que le *promissory estoppel* a aussi un aspect délictuel. Les deux décisions de principe sont *Goodman v Dicker*<sup>195</sup> et *Hoffman v Red Owl Stores*<sup>196</sup>. Certains manuels<sup>197</sup> présentent les cas de cette nature sous la rubrique 'Promissory Estoppel comme une alternative à la rupture du contrat', par opposition à l'estoppel comme substitut de la *consideration*. Dans le second cas, on est toujours dans le domaine du contrat ; dans le premier, on y est plus.

Dans presque toutes les juridictions, le droit de la responsabilité délictuelle sanctionne des promesses délibérées, portant sur des éléments inexacts (*promissory misrepresentation*), et faites pour induire une confiance raisonnable<sup>198</sup>. Toutefois, pour déclencher la responsabilité délictuelle de son auteur, la promesse doit être un mensonge au moment où elle est faite. Si, lors de la formulation de la promesse, le débiteur n'a pas l'intention de s'exécuter, alors il sera responsable. S'il a l'intention de s'exécuter, mais ne s'exécute pas, la responsabilité est contractuelle. Quelques cours, dont celles qui sont à l'origine des deux décisions de principe, ont mis en œuvre la théorie de l'estoppel pour réparer un dommage résultant d'une *misrepresentation* (alors que le contrat ou le délit classique pouvaient s'appliquer).

Dans la décision *Goodman v Dicker*, le représentant local d'un franchiseur est tenu pour responsable des pertes subies par le demandeur à qui on fait croire que le franchiseur veut lui concéder une franchise alors que ce n'est pas vrai. Les juges du fond décident qu'aucun

<sup>194</sup> *Giumelli v Giumelli* (1999) 196 CLR 101. Cette décision est intéressante concernant l'étendue de la sanction. Cet aspect sera étudié dans la seconde partie.

<sup>195</sup> *Goodman v Dicker*, 169 F 2d 684 (Circ. App. Colum, 1948).

<sup>196</sup> *Hoffman v Red Owl Stores Inc.*, 26 Wis 2d 683, 133 NW 2d 267 (SC Wisc. 1965).

<sup>197</sup> R E Barnett, 'Contracts, Cases and Doctrine' (1999) 2ed Aspen Law & Business, p 796.

<sup>198</sup> Le droit du tort sanctionne des affirmations factuelles pré-contractuelles inexactes qui sont faites négligemment ou imprudemment. Les promesses (intentions futures) ne sont normalement pas concernées. Cf. R E Barnett, 'Contracts, Cases and Doctrine', supra, p 811-2.

contrat n'est prouvé, mais que les défendeurs ne peuvent pas invoquer ce fait (ils sont *estopped*) en raison de leurs affirmations et de leurs conduites à l'égard du demandeur. Les dommages et intérêts alloués couvrent les dépenses engagées et les profits anticipés. La Cour d'appel confirme la décision des juges du fond, mais rejette la partie des dommages et intérêts qui couvre les profits anticipés. A l'évidence, une décision qui énonce que la vraie mesure du dommage est la perte subie par les dépenses engagées sur la foi d'une assurance trompeuse, se situe plus dans le domaine de la responsabilité délictuelle que dans le domaine contractuel.

Mais, selon R E Barnett<sup>199</sup>, il semblerait que les juges aient fondé leur raisonnement sur la notion de *tort*. L'affirmation erronée peut être vue comme une *misrepresentation*. Les défendeurs savent nécessairement que le franchiseur n'a pas accepté le demandeur. Ce fondement délictuel expliquerait l'étendue des dommages et intérêts<sup>200</sup>. D'ailleurs, le *promissory estoppel* n'est pas vraiment en cause pour d'autres auteurs, puisqu'il manque un élément fondamental : la promesse. Les défendeurs ont seulement dit au demandeur que le franchiseur a accepté le dossier (ce qui est faux)<sup>201</sup>.

Dans l'affaire *Hoffman v Red Owl Stores*, Hoffman possède et exploite une boulangerie à Wautoma (Wisconsin), mais est intéressé par la franchise Red Owl. Les représentants du défendeur disent à Hoffman, à plusieurs reprises, que Red Owl va lui concéder une franchise à Chilton pour une mise de fonds total, en liquide, de \$18.000. Bien que les termes de la franchise ne soient pas rédigés, les représentants encouragent Hoffman à leur faire confiance, et ce, de différentes manières. Ces agents affirment que les \$18.000 sont suffisants, sans avoir consulté au préalable l'analyste crédit de Red Owl à propos de la situation financière de Hoffman et de son plan de financement de l'opération. Après consultation de cet analyste, le montant de la mise de fonds exigé est sensiblement augmenté ; les négociations prennent alors fin. Hoffman agit en justice et le débat se situe très vite sur le terrain du *promissory estoppel*. Des dommages et intérêts sont alloués à Hoffman. Le débat sur les dommages et intérêts montre que les juges ont une conception plus délictuelle que contractuelle de la *cause of action*. Reprenant les théories de Seavey, pour qui la faute ne consiste pas principalement en la rupture d'un engagement de faire ou de donner quelque chose mais consiste à causer un

---

<sup>199</sup> R E Barnett & M E Becker, 'Beyond Reliance : Promissory Estoppel, Contract Formalities, and Misrepresentations' (1987) 15 Hofstra LR 443, p 446.

<sup>200</sup> La question de l'étendue des dommages et intérêts (plus généralement l'étendue de la sanction) sera amplement étudiée dans la seconde partie.

<sup>201</sup> E Yorio et S Thel, 'The Promissory Basis of Section 90' (1991) 101 Yale LJ 111, p 140.

changement de position préjudiciable<sup>202</sup>, les juges estiment que les dommages et intérêts ne doivent pas excéder la perte subie du fait du changement de position (montant qui ne peut jamais être supérieur, mais qui peut être inférieur, au montant de la dette). Le préjudice est donc, en l'espèce, la mesure de la réparation. Clairement, les juges et le jury se situent sur le terrain délictuel.

Pour R E Barnett et M E Becker<sup>203</sup>, *Hoffman* est le premier d'une petite mais longue série de cas où les juges utilisent le *promissory estoppel* pour allouer des dommages et intérêts pour une promesse négligente concernant des faits futurs (*negligent promissory misrepresentation*), c'est-à-dire une promesse servant les intérêts du promettant et faite pour forcer une personne à croire à des circonstances ; étant entendu que le promettant sait que la promesse comptera beaucoup pour la dite personne qui engagera des frais personnels. Là aussi on se situe autour de la responsabilité délictuelle car aucun contrat (ou promesse) n'est en jeu.

#### D. Le droit français

La première série d'hypothèses concerne la rupture des négociations pré-contractuelles. L'arrêt le plus récent et le plus explicite est celui rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 26 novembre 2003<sup>204</sup>. La société Manoukian négocie avec des actionnaires de la société Stuck pour l'achat des actions composant le capital de cette dernière. Matérialisés par plusieurs rencontres, divers échanges de courrier et par l'établissement successif de deux projets de cession, les pourparlers durent près de six mois. La société Manoukian apprend toutefois que les cédants conduisent à la même époque des négociations parallèles avec une société tierce, « Les Complices », avec qui ils ont conclu une promesse de cession d'actions dont la société Manoukian n'est informée que deux semaines plus tard. Mais entre-temps, les cédants lui laissent croire que seule l'absence de l'expert comptable de la société retarde la signature définitive de la cession. Face à la demande d'indemnisation présentée par la société Manoukian, victime de la rupture des pourparlers, les juges du fond reconnaissent la faute pré-contractuelle des cédants et octroient des dommages et intérêts à la société Manoukian mais excluent la réparation de la perte de chance d'obtenir

<sup>202</sup> La faute est pour ainsi dire automatiquement déduite du dommage.

<sup>203</sup> R E Barnett & M E Becker, 'Beyond Reliance : Promissory Estoppel, Contract Formalities, and Misrepresentations' (1987) 15 Hofstra LR 443, p 446.

<sup>204</sup> *Bull.* 2003 IV n° 186 ; L'article 1382 du Code civil s'applique à la rupture des pourparlers depuis 1972 : Civ. 3e, 3 octobre 1972.

les gains espérés en cas de conclusion du contrat et n'admettent pas la responsabilité du tiers contractant. Cette affaire est intéressante au niveau de l'étendue de la réparation octroyée par le juge pour la rupture des pourparlers. La Cour de cassation donne une règle claire pour apprécier l'étendue de cette réparation (mais ce point sera développé dans la seconde partie). Sur le terrain de la nature de la responsabilité, la Cour de cassation approuve les juges du fond dans cet attendu très factuel : « Mais attendu, d'une part, qu'après avoir relevé, d'un côté, que les parties étaient parvenues à un projet d'accord aplanissant la plupart des difficultés et que la société Alain Manoukian était en droit de penser que les [cédants] étaient toujours disposés à lui céder leurs actions et, d'un autre côté, que les actionnaires de la société Stuck avaient, à la même époque, conduit des négociations parallèles avec la société Les complices et conclu avec cette dernière un accord dont ils n'avaient informé la société Alain Manoukian que quatorze jours après la signature de celui-ci, tout en continuant à lui *laisser croire*<sup>205</sup> que seule l'absence de l'expert-comptable de la société retardait la signature du protocole, la cour d'appel a retenu que les [cédants] avaient ainsi rompu unilatéralement et avec mauvaise foi des pourparlers qu'ils n'avaient jamais paru abandonner et que la société Alain Manoukian poursuivait normalement ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.

Le principe de la liberté de rompre des pourparlers n'est pas ici remis en cause. Mais l'exercice de cette liberté peut constituer une faute causant un préjudice et appelant une réparation, l'octroi de dommages et intérêts, de la part de son auteur dans certaines circonstances. En l'espèce, le fondement retenu par la Cour de cassation semble être l'attente légitime complétée par la bonne foi. Plus précisément, l'expression employée est « *laisser croire* ». Apparaît ainsi, au niveau de la période pré-contractuelle, la notion de croyance légitime supportée par une confiance suscitée par l'auteur de la faute. Cette confiance a été alimentée par un certain nombre d'indices relevés par les juges du fond laissant entendre que le contrat définitif serait conclu : plusieurs rencontres étalées sur six mois, divers échanges de courrier et l'établissement successif de deux projets de cession.

La confiance alimentée est le fondement de la responsabilité mais aussi l'objet de la protection. En octroyant des dommages et intérêts, le juge est sensé protéger cette confiance. S'il n'est pas question ici de conclusion forcée du contrat, c'est sans doute en raison de la

---

<sup>205</sup> C'est nous qui soulignons.

nature de la relation entre les parties. Les deux sont des professionnels qui agissent dans le cadre de leur activité (rachat de sociétés). Les parties sont plus libres et plus compétentes que ne l'est un consommateur voulant acheter un billet d'avion à une grande compagnie nationale. Octroyer des dommages et intérêts permet ainsi de préserver le principe de liberté et de protéger de manière adéquate la croyance. La responsabilité ne peut être reconnue que dans la mesure où la croyance est légitime. Au delà, elle ne mérite aucune protection. La compensation monétaire permet d'adapter la sanction à cette mesure de la légitimité <sup>206</sup>.

La seconde série d'hypothèses a trait à la rupture d'une relation contractuelle professionnelle établie, i.e dans le cadre de contrats de distribution. Il convient de montrer ici que la notion de croyance légitime ou de confiance permet de délimiter le contour de l'abus de droit dans la cessation du contrat et donc d'expliquer l'octroi de dommages et intérêts. Les décisions rapportées concernent, d'abord, le non-renouvellement du contrat, et, ensuite, sa résiliation.

Le 11 juillet 1978 <sup>207</sup>, la chambre commerciale de la Cour de cassation approuve en partie les juges du fond d'avoir estimé que le concédant, qui informe le concessionnaire exclusif avec lequel il est lié par un contrat d'un an, non renouvelable par tacite reconduction, de son intention de lui proposer pour l'année suivante un nouveau contrat et qui s'abstient de lui préciser que sa zone d'activité sera grandement réduite, *l'induit en erreur* en lui faisant parvenir la même lettre ronéotypée que les années précédentes pour lesquelles un contrat identique lui avait été proposé, et commet, par là-même une faute. Mais les juges du fond ne peuvent retenir comme élément du préjudice subi par le concessionnaire l'incidence du non-renouvellement du contrat consécutif à la limitation de sa zone d'activité, sans préciser le lien de causalité existant entre ce préjudice et la faute du concédant. La faute oblige donc son auteur à compenser le dommage par l'octroi de dommages et intérêts.

Dans sa décision du 9 février 1981 <sup>208</sup>, la chambre commerciale de la Cour de cassation estime qu'une Cour d'appel, relevant qu'il résulte du contrat et des correspondances que le concédant avait manifesté son intention de poursuivre dans l'avenir la collaboration passée et que, dès lors, le concessionnaire *était fondé* à s'en tenir aux engagements pris pour le renouvellement d'une concession exclusive, peut déduire de ses énonciations que le concédant

---

<sup>206</sup> Cf. texte sur note 331.

<sup>207</sup> Bull. 1978, n° 199.

<sup>208</sup> Bull. 1981, n° 74.



avait commis, en proposant un contrat dont l'économie était fondamentalement différente du précédent, une faute et qu'il devait réparation au concessionnaire. La contradiction du concédant l'oblige à payer des dommages et intérêts.

Dans la décision de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 28 février 1995 <sup>209</sup>, un fournisseur d'une société, avec laquelle il entretient depuis environ 7 années un courant d'affaires sans cesse croissant, doit, compte tenu des délais de fabrication et de conditionnement du produit, constituer un stock en relation avec le volume des commandes, lesquelles ne sont généralement passées qu'une semaine ou 2 avant la livraison. Un jour, la société, qui n'établit pas le comportement fautif imputé au fournisseur, cesse *brutalement* ses achats à ce dernier après lui avoir *laissé croire* que leurs relations allaient se poursuivre normalement. Le fournisseur assigne alors la société en dommages et intérêts. La cour de cassation approuve la cour d'appel qui a pu estimer que ladite société avait fait dégénérer en abus son droit de mettre fin à ses relations commerciales avec ce fournisseur, alors même que ces relations n'avaient pas donné lieu à la conclusion d'une convention à exécution successive.

Dans un arrêt non publié, la Cour de cassation a, par sa chambre commerciale en date du 23 mai 2000, approuvé les juges du fond qui ont octroyé des dommages et intérêts à la société Rehitim pour non-renouvellement de son contrat de concession exclusive à durée déterminée avec la société Roset. Les juges du droit relèvent explicitement un grand nombre de détails factuels prouvant l'existence d'une croyance légitime que le contrat serait renouvelé. Voici un extrait de cette prise en compte du fait par la Cour de cassation : « dans un courrier du 7 juin 1995 la société Roset indique clairement qu'elle entend maintenir à la société Rehitim la concession exclusive sur Strasbourg et sa proche banlieue ; [que l'arrêt] retient, ensuite, que l'inspection par un délégué commercial le 23 août 1995 n'a de signification que dans la perspective de la poursuite des relations contractuelles au-delà du 30 septembre 1995, que la participation à une opération commerciale coûteuse devant s'étendre sur l'automne 1995-1996 ne se conçoit également que dans ce contexte, de même que l'acquisition début septembre 1995 des catalogues de la gamme Ligne Roset 1996 ou la participation à la foire européenne de Strasbourg, en vue de pré-commercialiser la gamme 1996 ; [l'arrêt] retient, enfin, que c'est ainsi que, dans un courrier du 25 septembre 1995, la société Rehitim a pu indiquer qu'elle était dans l'*attente* de la proposition de contrat pour les années à venir, renouvellement dont elle ne

---

<sup>209</sup> Bull. 1995 IV n° 63.

doutait pas ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, d'où il résulte que la société Roset a commis une faute en entretenant jusqu'au bout le concessionnaire dans *l'illusion* que le contrat serait renouvelé, et abstraction faite du motif surabondant relatif à des usages commerciaux imposant au concédant un préavis, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

Concernant les cas de résiliation abusive, on peut citer l'arrêt du 5 avril 1994 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation <sup>210</sup>. Un concessionnaire consent, à la demande de son cocontractant, d'importants efforts d'investissement et de publicité. Pourtant, le concédant décide de rompre leurs relations contractuelles à durée indéterminée. Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, estiment alors que par cette décision, visant un partenaire ancien et des plus importants, qui ne peut donc avoir été prise que de longue date, la société concédante a manqué de loyauté en n'informant pas le concessionnaire qui n'a pas démérité. Ce dernier obtient des dommages et intérêts.

Que révèlent ces arrêts ? Tout d'abord, on constate que les faits sont très proches de ceux où l'estoppel peut jouer. Une première représentation (le contrat est maintenu ou il sera renouvelé) est contredite par une seconde représentation (la rupture abusive du contrat ou le non-renouvellement abusif). Cette contradiction porte atteinte à une confiance en la pérennité de la première représentation. Ensuite, il faut noter l'évolution du langage des juges. En 1978, ils relèvent que le concédant « induit en erreur » son cocontractant ; en 1981, le concessionnaire était « fondé à s'en tenir aux engagements pris » ; en 1995, une société « laisse croire » à son fournisseur que la relation va continuer ; en 2000, le concessionnaire est dans « l'attente de la proposition de contrat » et le concédant entretient « l'illusion » du concessionnaire ; et en 2003, le cédant « laisse croire » au concessionnaire. Le choix des mots n'est sans doute pas innocent ; les mots traduisent notre compréhension du monde, ils le façonnent et ils en accentuent certains aspects au détriment d'autres. Le mot judiciaire objective la conception que le juge se fait d'une affaire. Par cette objectivation, le lecteur comprend ce qui, aux yeux du juge, est important. Au regard de l'évolution sémantique, en l'espèce, il est possible d'affirmer que ce qui compte pour le juge dans ces affaires est la notion de croyance légitime et sa protection. L'*erreur* se transforme en *attente*, qui devient à son tour une *croyance*. Ces idées fondent la responsabilité du concédant qui rompt

---

<sup>210</sup> Bull. 1994 IV n° 149.

brutalement le contrat. La rupture est brutale car elle bouscule une croyance. Puis, il faut relever qu'à chaque fois la relation contractuelle est particulière puisqu'elle s'inscrit dans le cadre d'un réseau de distribution. Il s'agit la plupart du temps d'un rapport, sinon de dépendance, du moins d'interdépendance inégalitaire : celui qui rompt brutalement est souvent le maître du réseau. On remarque aussi que la Cour de cassation n'hésite pas à requalifier, ou à repenser, la nature d'une relation. En 1995, elle adopte une analyse économique de la relation (la théorie du courant d'affaires) et ne se limite pas à l'analyse strictement juridique (l'absence de concession ou de contrats à exécution successive). Il suffit que la dépendance soit économique pour chercher à protéger une croyance ou une confiance suscitée. Enfin, pour conclure, il faut insister sur le fait que la confiance et la croyance ne s'auto alimentent jamais. Elles sont toujours suscitées par un comportement actif du concédant.

## **Titre 2. Etendue de la protection de la confiance légitime**

La question de l'étendue de la protection conduit à s'interroger sur ce qui est protégé et réparé par la mise en œuvre des différents estoppels ou équivalences de droit français étudiés plus haut. Jusqu'où la confiance est prise en compte par le droit ? Pour bien comprendre l'enjeu d'une telle question, il faut diviser l'analyse et adopter un point de vue descriptif et normatif. Le point de vue descriptif consiste à présenter ce qui est fait par le juge : à quelle hauteur protège-t-il la confiance en common law et en droit civil ? On est dans le droit positif. Le point de vue normatif est plus critique et remet en question ce droit positif, tout en proposant des solutions alternatives. C'est du droit prospectif : le juge devrait faire ceci ou cela parce que.... Ainsi, les approches descriptives, ou positives, (Chapitre 1) et normatives (Chapitre 2) vont être tour à tour présentées.

### **Chapitre 1. L'approche positive**

Avant de mettre en évidence les solutions propres à la protection de la confiance autour du contrat, il faut d'abord, afin de bien comprendre la portée de ces solutions, rappeler le contenu du concept général de réparation. Ce concept a généré un vocabulaire particulier en common law et a posé les grandes problématiques que tout juge doit se poser lorsqu'il tranche un litige. La question de la réparation est généralement négligée dans le droit savant civil car elle relève du fait d'espèce et des circonstances, dit-on. Pourtant, elle est essentielle et dépasse largement le cadre a priori restreint de la sanction. Ainsi, il ne serait pas judicieux d'étudier l'étendue de la réparation dans le cas particulier de la protection de la confiance (Section 2) sans dire quelques mots préalables sur le concept général de réparation (Section 1).

#### Section 1. Le concept général de réparation

Ici encore, il faut distinguer entre la common law et le droit civil. Dans les deux cas, on s'intéresse au droit du contrat, bien qu'en droit civil la distinction entre responsabilité contractuelle et délictuelle n'ait plus beaucoup d'intérêt. En common law, la distinction a longtemps été pertinente et elle l'est redevenue après quelques hésitations. Afin de montrer l'originalité de la réparation contractuelle, inconnue du droit français, on dira deux mots sur les autres types de responsabilité et les objectifs qu'ils servent. Les concepts généraux de réparation en common law (§ 1) et en droit civil (§ 2) seront donc distingués.

## § 1. L'approche common law

Le principe est simple. Il a parfaitement été exposé par A S Burrows<sup>211</sup> qui reprend la division du droit des obligations entre le contrat, le délit et le quasi-contrat (*restitution*). Cette division est selon lui satisfaisante car elle permet de faire reposer ces catégories sur les trois principes les plus fondamentaux du droit des obligations : 1) la satisfaction du profit escompté engendré par le contrat, 2) la compensation du préjudice illicite et 3) la restitution de l'enrichissement injuste. En effet, traditionnellement, à l'égard de la rupture du contrat, le juge ordonne à la partie en faute d'exécuter son obligation, ou ordonne le paiement de dommages et intérêts dont l'évaluation doit permettre de placer le créancier dans la situation où il aurait été si le débiteur avait exécuté son obligation. Lorsqu'un délit est commis, l'objectif est de compenser une perte : l'auteur de la faute doit payer des dommages et intérêts calculés de telle manière qu'ils placent la victime dans la situation où elle aurait été si la faute n'avait pas été commise. Si une personne confère un bénéfice à un tiers, les juges peuvent octroyer à cette personne une somme d'argent afin de priver le tiers de ce bénéfice, dans la mesure où il est injuste pour ce tiers de retenir un bénéfice.

La sanction contractuelle protège donc l'attente légitime trompée. La sanction délictuelle répare la perte subie. Et la sanction quasi-contractuelle reverse un enrichissement injuste. Ces deux dernières sanctions<sup>212</sup> posent moins de problèmes que la sanction contractuelle. Personne ne conteste le fait que le droit de la responsabilité délictuelle consiste à réparer un dommage subi et que le droit de la responsabilité quasi-contractuelle (*restitution*) vise à rééquilibrer une injustice. L'objectif de ces deux cas de responsabilité est relativement évident. Toute autre est la situation de la sanction contractuelle. Il existe une littérature abondante sur la notion de responsabilité. C'est pour cette raison, et aussi du fait des limites du sujet étudié, que seul l'aspect contractuel sera approfondi.

L'article fondamental en la matière a été écrit par L L Fuller en 1936. Dans cet article, L L Fuller examine le rôle de la *reliance* (perte subie, confiance trompée) dans la réparation

---

<sup>211</sup> A S Burrows, « Contract, Tort and Restitution – A Satisfactory Division or Not » (1983) 99 LQR 217.

<sup>212</sup> Les règles techniques sur le lien de causalité, la faute contributive, *volenti non fit injuria*, *rules of remoteness*, *novus actus interveniens*,... de nature à influencer le quantum de la réparation ne sont pas prises en compte ici.

contractuelle <sup>213</sup>. Il constate que la *reliance* tient une place dominante dans les dommages et intérêts. Cette analyse remet en cause l'idée classique, et aujourd'hui toujours dominante, selon laquelle seul le gain escompté fait l'objet d'une protection contractuelle. De plus, l'auteur met en évidence le lien entre la réparation et la fonction ou le fondement du contrat. Ce lien n'avait jamais été pensé jusqu'à ce jour. En 2001, P Benson a écrit : « au vingtième siècle, il peut être avancé sans risque que la réflexion théorique sur le droit du contrat en common law a été inaugurée par L L Fuller en 1936. Il est à peine exagéré de dire que tous les efforts subséquents ont consisté soit à reprendre et à affiner l'argumentation soit à créer une alternative à partir de l'analyse de L L Fuller »<sup>214</sup>. Pour P S Atiyah, l'article rédigé en 1936 « a sans doute été l'article le plus influent dans toute l'histoire de la pensée contractuelle moderne, et, dans tous les cas, dans le monde de la common law »<sup>215</sup>. La pensée de cet auteur a eu bien évidemment une influence considérable sur la notion même d'estoppel. Il faut donc présenter sa théorie, et celles de ses détracteurs, pour bien comprendre le concept général de réparation contractuelle en common law.

#### A. L'article fondateur de Fuller et Perdue sur la réparation contractuelle

##### 1° Avant Fuller : le *writ of assumpsit* suivi de la théorie classique du contrat

###### *Perspectives historiques*

Au Moyen Age<sup>216</sup>, les juristes ne faisaient pas de différence entre le contrat, le délit et le quasi-contrat. L'obligation naissait du droit d'action (*forms of action*) et non de la promesse. L'engagement informel était considéré comme dangereux. L'idée de se retrouver lié sans qu'une raison, ou sagesse, ultérieure ne puisse défaire une légèreté antérieure ne plaisait pas. Le principe était alors l'exclusion de l'exécution forcée d'une promesse ; ce principe ne souffrait que de quelques exceptions. Mis en concurrence avec les cours des marchands et de l'Eglise, les juges de common law réagirent, vers le quinzième et seizième siècle, en généralisant les cas d'utilisation des actes de procédure particuliers (*forms of action*) pour obtenir l'exécution d'une promesse. Un premier moyen de généralisation fut de faire évoluer

---

<sup>213</sup> L L Fuller et W Perdue, 'The Reliance Interest in Contract Damages' (1936) 46 Yale L.J. 52. Ici, le terme de *reliance* doit être entendu dans son aspect élément du dommage (perte subie), par opposition à la *reliance* dans l'estoppel (la confiance, fondement de l'obligatoire).

<sup>214</sup> P Benson, Introduction, *The Theory of Contract Law: New Essays* (New York: Cambridge University Press, 2001), p 2.

<sup>215</sup> P S Atiyah, 'Fuller and the Theory of Contract', *Essays on Contract*, (2001) OUP, p 73.

<sup>216</sup> E A Farnsworth, 'Contracts', 12-20 (2D ED 1990).

le *covenant* (qui se développa en Grande Bretagne vers le douzième siècle). Le mécanisme consistait à faire reconnaître par écrit scellé l'obligation à la dette au nom du débiteur. Le *covenant* ne devint toutefois pas le concept de base pour obtenir l'exécution des promesses lorsqu'il devint évident, vers le quatorzième siècle, que le sceaux n'avait pas qu'une fonction probatoire ; sans le sceaux, l'action ne pouvait pas prospérer. Un deuxième moyen fut de renouveler le concept, datant lui aussi du douzième siècle, de dette (*debt*) qui servait à recouvrer une certaine somme d'argent. La responsabilité du débiteur à la dette, défendeur à l'action, n'était pas fondée sur la promesse, mais plutôt sur la notion de prêt réclamé et obtenu par lui. On estimait alors qu'il était injuste de laisser le débiteur en possession d'un capital sans en payer la contrepartie. Les cours élargirent l'action au profit des personnes ayant fourni des prestations de service. Mais, ce concept de dette n'était pas satisfaisant car, pour engager la responsabilité du bénéficiaire du prêt, il fallait une remise réelle de la chose. Cette condition de la remise était alors un frein au développement d'une responsabilité générale fondée sur une simple promesse de prêt. Afin de sortir de ce cadre restrictif, les cours de common law utilisèrent le concept de *tort*. Elles connaissaient déjà le principe selon lequel une personne pouvait être déclarée responsable pour le dommage causé résultant de l'exécution d'une obligation. Le bénéficiaire de l'obligation pouvait alors agir en justice sur le fondement de l'action « *trespass on the case* » (ou *assumpsit*). Au début du quinzième siècle, cette action n'était possible qu'en cas de *misfeasance* (mal faire mais faire, par opposition à *nonfeasance*, ne rien faire). Donc, lorsque le débiteur n'exécutait pas son obligation, il n'encourait aucune responsabilité. Ultérieurement, vers la fin du quinzième siècle, les juges, conscients des problèmes pratiques que posait cette limitation de la *misfeasance*, firent un bond en avant en autorisant l'action « *trespass on the case* » pour *nonfeasance*, mais uniquement dans certaines hypothèses. Puisque les espèces à l'origine du *writ of assumpsit* n'entraînaient la responsabilité de l'auteur de la *misfeasance* qu'en cas de dommage subi par le créancier croyant en l'exécution de la promesse, il parut naturel d'exiger ce critère du dommage et de n'autoriser l'exécution de la promesse que dans les cas de dommage subi par le créancier du fait de l'inexécution. Au seizième siècle, les cours élargirent l'action aux promesses mutuelles n'ayant reçu aucune exécution (*executory exchanges of promises*).

L'idée principale qu'il faut retenir est que la responsabilité, pour promesse mal exécutée ou non exécutée, est à l'époque déclenchée par le dommage causé par le débiteur, dommage qui devient la mesure de la réparation. Des auteurs ont vu là un principe général de responsabilité délictuelle où le dommage serait le fondement de la responsabilité et la mesure de la

réparation<sup>217</sup>. Ainsi G Gilmore y voit une catégorie résiduelle dont le critère essentiel est la *reliance* et d'où est issu le contrat qui en a été artificiellement séparé par la doctrine classique du dix-neuvième siècle.

Avant de présenter cette doctrine classique, il faut d'abord préciser que l'analyse de G Gilmore n'est pas complètement juste car avant le dix-neuvième siècle, pas plus que le contrat, la notion de délit telle qu'on la comprend aujourd'hui n'avait été conçue comme une catégorie autonome du droit des obligations. C'était le règne du *writ of assumpsit* où se fondaient de manière indistincte le contrat et le délit. L'abandon du formalisme s'est réalisé autour du dix-neuvième siècle. Ainsi, le droit des contrats ne s'est pas plus développé à partir du délit, que le droit de la responsabilité délictuelle ne s'est développé à partir du contrat<sup>218</sup>.

Le dix-neuvième siècle est l'âge classique en droit des contrats. Le contexte philosophique et politique est connu : économisme classique (*laissez-faire* la main invisible), utilitarisme radical et libéralisme politique. Cela se traduit au niveau individuel par la foi assumée en la valeur de l'individu, par l'adhésion à un système économique et social qui fait confiance et récompense l'entreprise individuelle, l'initiative et le succès<sup>219</sup>. Les grands penseurs libéraux qui ont importé ces théories dans la matière contractuelle sont Pollock<sup>220</sup> et Holmes<sup>221</sup>, notamment. Le nouveau fondement pour obtenir l'exécution de la promesse n'est plus le *writ of assumpsit* mais le principe d'autonomie. Ce principe signifie que le droit reconnaît désormais aux individus le pouvoir de modifier, dans certaines limites, leurs relations de droit. L'homme qui transfère la propriété d'un de ses biens exerce ce pouvoir. Quand un juge ordonne l'exécution d'un contrat, il ne fait que revêtir d'une sanction légale un pouvoir préexistant. Le principe d'autonomie peut être traduit en termes de théorie de la volonté en disant que la volonté des parties régule leur relation de droit. Par conséquent, 1) le droit ne doit s'intéresser qu'à l'intention du promettant, 2) le consentement des parties doit se rencontrer à un moment qui précède l'existence du contrat, 3) le droit ne peut pas compléter un accord imparfait, 4) le promettant doit être libre de changer d'avis puisque seule sa volonté crée l'obligation<sup>222</sup>. Le contrat typique devient bilatéral et à exécution différée. Il consiste en un échange de promesse. Le contrat est obligatoire car les parties l'ont voulu. C'est leur

<sup>217</sup> G Gilmore, 'The Death of Contract', (1974) Columbus, Ohio.

<sup>218</sup> R E Barnett, 'The Death of Reliance', (1996) 46 J.Legal Educ. 518, p 520.

<sup>219</sup> P S Atiyah, 'Contracts, Promises, and the Law of Obligations', Essays on Contract, (2001) OUP, p 11.

<sup>220</sup> F Pollock (Eng. 1845-1937), 'Principles of Contract' (1876).

<sup>221</sup> O W Holmes (US. 1841-1935), 'The Common Law' (1881).

<sup>222</sup> L L Fuller, 'Consideration and Form' (1941) 41 Columb. LR. 799, p 806.



volonté, ou leur intention, qui crée l'obligation et la responsabilité. Quand le contrat est conclu, il oblige chaque partie à exécuter sa part de l'obligation, ou, à défaut, à payer des dommages et intérêts à la place<sup>223</sup>. Les dommages et intérêts sont donc nécessairement l'équivalent de ce qui a été promis. Ils se mesurent en fonction de l'étendue de l'intention. Celle-ci devient la mesure de la réparation en cas de non-exécution de l'obligation souscrite.

Le changement de perspective par rapport à l'état du droit antérieur, caractérisé par le *writ of assumpsit*, est radical. La réparation était calculée en fonction du dommage causé par la *misfeasance* ou la *nonfeasance* de l'obligation, le dommage étant lui-même évalué par rapport à la *reliance* suscitée par la promesse. Avec l'avènement de la théorie classique du contrat, caractérisée par l'intention des parties, la réparation est calculée en fonction du contenu de la promesse non réalisée. La sanction devient une exécution forcée par équivalent de la promesse elle-même. L'attente, le gain espéré (*expectations*), devient la mesure de la réparation. C'est la politique du *tout ou rien* chère à Williston, le rapporteur du premier *Restatement of Contracts* américain. Soit la promesse est obligatoire, soit elle ne l'est pas. Si elle l'est, elle doit recevoir complète exécution. La question des dommages et intérêts pour rupture de l'obligation consiste simplement à octroyer une somme d'argent qui place le créancier dans la position où il aurait été si la promesse avait été tenue, et non dans la position où il aurait été si la promesse n'avait pas été faite<sup>224</sup>. Le dommage ne joue plus aucun rôle dans le calcul de la mesure de la réparation. Dès à présent, et en creux, on constate qu'il existe un certain lien entre le fondement de la force obligatoire du contrat et le montant de la réparation (l'intention est le fondement commun). Mais, ce lien n'a pas clairement été pensé par les auteurs classiques.

## 2° Apport de Fuller : les trois intérêts

L'apport de l'article de L L Fuller et de W Perdue en matière de réparation contractuelle se situe à un double niveau : normatif et descriptif.

L'analyse normative de la réparation étant développée ultérieurement, on ne présente ici que les grandes lignes. La contribution théorique est d'avoir défini un cadre dans lequel penser le droit du contrat. Jusqu'alors, les auteurs classiques avaient cherché à rendre compte de

<sup>223</sup> P S Atiyah, , 'Contracts, Promises, and the Law of Obligations', *Essays on Contract*, (2001) OUP, p 12.

<sup>224</sup> Williston cité par E Yorio et S Thel, 'The Promissory Basis of Section 90' (1991) 101 *Yale LJ* 111, p 118-19.

manière systématique et cohérente la façon dont le droit des contrats était appliqué par les juges. Le système de la common law étant ce qu'il est, un droit jurisprudentiel constitué par des décisions de justice (avec un système constitutionnel fédéral, comme aux Etats-Unis, ce droit du juge est éclaté et décentralisé, et peut être contradictoire), ce travail de réorganisation et de reformulation a eu toute son utilité. Mais le travail de ces auteurs était essentiellement non théorique ; ils reprenaient la prémisse selon laquelle *l'expectation remedy* (la réparation par l'octroi du gain escompté) est une forme de compensation sans en explorer le fondement normatif<sup>225</sup>. La question du pourquoi n'était pas posée.

La raison pour laquelle la théorie du contrat au vingtième siècle fut inaugurée par l'article de L L Fuller est que, dans cet article, L L Fuller non seulement dit qu'il ne croit pas que la règle du profit escompté soit le principe fondamental qui gouverne la réparation de l'inexécution du contrat, mais aussi parce qu'il s'interroge sur le bien fondé de la prémisse ; il la remet en question. Son analyse postule que les règles de droit ne peuvent se comprendre qu'en fonction des objectifs qu'elles servent<sup>226</sup>. Ainsi, il est impossible de séparer le droit des dommages et intérêts dans le contrat du corps de règles plus large sur les motifs et les politiques qui constituent le droit général des contrats<sup>227</sup>. Ce faisant, il remet aussi en question la cohérence du contrat sur un point essentiel. Pour la première fois, la doctrine contractuelle doit s'interroger sur le fondement normatif du contrat<sup>228</sup>. La réponse de L L Fuller sur ce point est à contre-courant : le *reliance interest* doit être (énoncé normatif) le fondement qui gouverne la force obligatoire du contrat et la réparation, i.e les dommages et intérêts ne devraient en principe couvrir que les pertes subies<sup>229</sup>. La réparation par l'octroi du gain espéré ne doit être qu'un substitut.

L'apport de L L Fuller pour l'analyse descriptive de la réparation consiste à avoir identifié trois objectifs (ou « intérêts ») pouvant être réalisés par les dommages et intérêts. On peut reconstruire le droit des contrats en révélant les intérêts qui sont desservis par l'octroi des dommages et intérêts ; ces intérêts mettent en évidence les fonctions latentes du contrat. Ils sont aujourd'hui repris par tous : le *restitution interest*, le *reliance interest* et l'*expectation interest*. On les retrouve aussi en dehors du droit des contrats (*tort, restitution*). Le *restitution*

---

<sup>225</sup> P Benson, Introduction, *The Theory of Contract Law: New Essays* (New York: Cambridge University Press, 2001), p 2.

<sup>226</sup> L L Fuller et W Perdue, 'The Reliance Interest in Contract Damages' (1936) 46 *Yale L.J.* 52, p 53.

<sup>227</sup> *Idem*, p 53.

<sup>228</sup> P Benson, *supra*.

<sup>229</sup> Pour plus de détails sur ce point, cf. seconde sous-partie.

*interest* vise à mettre la partie en faute dans la position où elle était avant la conclusion du contrat en la forçant à restituer les gains reçus du cocontractant. Le *reliance interest* cherche à mettre la partie non fautive dans la position où elle aurait été sans le contrat en la dédommageant pour les pertes subies (*damnum emergens*). L'*expectation interest* s'intéresse aussi à la position de la partie qui n'est pas en faute, mais vise à la mettre dans la position où elle aurait été si le contrat avait été complètement exécuté<sup>230</sup>. C'est la conception classique de la sanction contractuelle qui octroie le gain escompté (*lucrum cessans*). L L Fuller explique aussi comment chacun de ces intérêts correspond à un montant (*quantum*) différent de dommages et intérêts, et comment chacun de ces montants s'imbrique l'un dans l'autre (un peu comme une poupée russe). Dans un modèle idéal, la protection du *restitution interest* nécessite l'octroi de dommages et intérêts équivalant à tout ce que la partie en faute a reçu du cocontractant ; et la protection du *reliance interest* nécessite l'octroi de dommages et intérêts équivalant à tout ce que le cocontractant a dépensé (que la partie en faute ait reçu ou non un bénéfice). Par conséquent, le montant des *restitution damages* peut parfois correspondre, mais jamais excéder, le montant des *reliance damages*. D'un autre côté, les *expectation damages* couvrent non seulement toutes les dépenses du cocontractant mais aussi les profits nets qu'il aurait réalisés si le contrat avait été exécuté. Ainsi, normalement, les *expectation damages* excèdent les *reliance damages* (et aussi les *restitution damages*), dans l'hypothèse où les profits du cocontractant sont positifs. Cette description conduit L L Fuller à classer les trois types de dommages et intérêts dans un ordre ascendant : les *restitution damages* représentant la somme la plus faible, les *expectation damages* la plus élevée.

L L Fuller montre, à travers cette nouvelle grille d'analyse, que les juges ne protègent pas toujours l'*expectation interest*. Il vise des cas où ces derniers protègent parfois soit le *reliance interest* soit le *restitution interest*. C'est-à-dire, les cours octroient parfois moins que les traditionnels *expectation damages* (dommages et intérêts couvrant le gain escompté). Ainsi, lorsque les juges exigent du demandeur qu'il prouve que son dommage est certain (e.g évaluer de façon précise la valeur vénale de la créance non reçue), en réalité, ils veulent l'empêcher d'obtenir l'exécution forcée par équivalent de l'obligation, i.e de protéger son *expectation interest*. Alors que cette condition peut paraître comme une simple règle de bon sens sans justifications normatives, L L Fuller a montré que la règle a souvent été appliquée pour interdire au créancier de recouvrer les profits escomptés que l'exécution complète de

---

<sup>230</sup> L L Fuller et W Perdue, supra, p 54.

l'obligation aurait rapporté ; la plupart du temps, cette règle a conduit à ne rembourser que les dépenses engagées sur la foi de l'engagement d'autrui. Ainsi, la règle de la preuve d'un dommage certain a principalement pour effet de ne protéger que le *reliance interest*<sup>231</sup>. La même analyse est reprise à propos de l'exigence du dommage prévisible<sup>232</sup> (*Hadley v. Baxendale*), de la doctrine de la *frustration* ou de l'erreur<sup>233</sup>. Il vise aussi un certain nombre de cas où les règles sur la formation du contrat n'ont pas été parfaitement respectées et où l'exécution forcée est refusée, interdisant ainsi au créancier de recevoir des dommages et intérêts couvrant son gain escompté mais octroyant toutefois une réparation partielle sur le fondement de règles particulières : le résultat pratique consistant souvent à dédommager les dépenses engagées sur la foi de l'engagement<sup>234</sup>.

Bien que l'article de L L Fuller et W Perdue soit centré principalement sur les trois « intérêts », l'objectif de L L Fuller a été de montrer qu'il existe en réalité une gradation de la force obligatoire du contrat qui repose sur des objectifs de politique juridique différents. Dans une lettre écrite à Karl Llewellyn, écrite six ans après la publication de l'article, il minimisa l'importance de ces trois « intérêts ». Il parla plus en terme de gamme continue de sanction, encadrée par ces trois intérêts, qui inclurait aussi d'autres types de réparation. Il conclut ainsi sa lettre : « je considère la contribution faite par mon article sur le *reliance interest* comme résidant, non dans le fait d'avoir attirer l'attention sur le *reliance interest* lui-même, mais plutôt dans une analyse qui rompt avec la dichotomie contrat-pas contrat, et qui substitue à cette dichotomie une échelle ascendante de la force obligatoire (*ascending scale of enforceability*) »<sup>235</sup>.

3° Après Fuller : la réception de la théorie aux Etats-Unis, en Grande-Bretagne et en Australie

La conception des dommages et intérêts comme protégeant les trois « intérêts » a conquis toute la planète common law contractuelle. Aux Etats-Unis, le second *Restatement of Contracts* commence sa section 344 sur les sanctions en annonçant que tous les remèdes (*remedies*) servent à protéger un ou plusieurs des intérêts du créancier. Les intérêts définis

---

<sup>231</sup> Idem, p 373.

<sup>232</sup> Idem, p 375.

<sup>233</sup> Idem, p 379-86.

<sup>234</sup> Idem, p 386-96.

<sup>235</sup> Cité par R Craswell, 'Against Fuller and Perdue' (nov. 1999) J M Olin Program in Law and Economics, Stanford. Working Paper No. 183. [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=184951](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=184951)

sont ceux de L L Fuller. Les casebooks reprennent tous la distinction de L L Fuller, les juges aussi, ainsi que les auteurs de l'analyse économique du droit<sup>236</sup>.

En Grande Bretagne, les trois intérêts sont repris, même si le principe général reste l'octroi du gain escompté<sup>237</sup>. Par exemple, E McKendrick, dans son chapitre sur les dommages et intérêts pour rupture du contrat, définit la perte à compenser suite à la rupture du contrat en évoquant notamment ces trois « intérêts » et en citant Fuller et Perdue<sup>238</sup>. Il organise son chapitre autour de l'*expectation interest*, du *restitution interest* et du *reliance interest*. A S Burrows reprend la distinction mais préfère parler de « *status quo interest* » à la place de *reliance interest*<sup>239</sup>.

Une décision de la Haute Cour d'Australie reprend et discute la distinction<sup>240</sup>. Selon les hauts magistrats, la règle reste classique : la rupture d'un contrat emporte exécution forcée en nature ou par équivalent. Toutefois, adoptant les vues de L L Fuller et W Perdue, les juges avouent que le *reliance interest* sera seul protégé lorsque le profit escompté est trop incertain ou difficile à calculer<sup>241</sup>.

## B. Les critiques de l'article

Les critiques ici présentées sont descriptives (l'approche normative fait l'objet d'un débat plus nourri ; la réalité judiciaire n'est plus là pour freiner l'imagination des auteurs). Les principales sont formulées par R Craswell<sup>242</sup> et M B Kelly<sup>243</sup>.

L'objection de R Craswell n'est pas que L L Fuller et W Perdue se trompent dans leur description, mais, selon lui, leur description est trop limitée. Certes, les juges octroient souvent des dommages et intérêts qui couvrent le *reliance interest* ou le *restitution interest*. Mais les juges font bien d'autres choses, dont certaines ne rentrent pas facilement dans le cadre des trois « intérêts ». Parfois, les juges évaluent généreusement l'*expectation interest* ou

<sup>236</sup> Idem. p 10 pour les différents exemples avec les références.

<sup>237</sup> *Robinson v Harman* (1848) 1 Ex 850. L'héritage classique est mieux ancré en Angleterre. La tradition y a un poids plus important et « respectable » qu'aux Etats-Unis.

<sup>238</sup> E McKendrick, 'Contract Law', p 408.

<sup>239</sup> A S Burrows, « Contract, Tort and Restitution – A Satisfactory Division or Not » (1983) 99 LQR 217, p 243.

<sup>240</sup> *Commonwealth of Australia v Amann Aviation Pty Ltd* (1991) 174 CLR 64.

<sup>241</sup> Décision citée par E Cooke, 'Estoppel and the Protection of Expectations' (1997) 17 LS 258, p 260.

<sup>242</sup> R Craswell, 'Against Fuller and Perdue', supra.

<sup>243</sup> M B Kelly, 'The Phantom Reliance Interest in Contract Damages', (1992) 1992 Wis.LR 1755.

le *restitution interest*, ce qui fait « déborder » la réparation du cadre. Ailleurs, les juges sont bien moins généreux et réparent l'inexécution à une hauteur nettement inférieure aux trois intérêts. Ainsi, l'analyse descriptive de L L Fuller ne rend compte que de manière parcellaire de la réalité judiciaire<sup>244</sup>. Selon R Craswell, l'emprise de la conception de L L Fuller obscurcit le tableau. Il devient difficile de comprendre certaines solutions qui ne semblent pas protéger un des trois « intérêts ». Enfin, cette inclusion nécessaire d'un type de réparation dans l'un de ces trois intérêts gomme la spécificité de chaque type de réparation. Par exemple, l'octroi de dommages et intérêts couvrant les dépenses engagées (*reliance*) peut servir une cause particulière quand il est ordonné par le juge pour *réduire* la réparation du créancier insatisfait, à la place de l'octroi des dommages et intérêts couvrant le gain escompté. Mais les mêmes dommages et intérêts peuvent servir une toute autre cause s'ils sont utilisés afin d'*augmenter* le montant de la réparation du créancier insatisfait, dans les cas où le profit escompté ne peut être prouvé. Si les mêmes dommages et intérêts peuvent servir à réduire ou à augmenter le montant de la réparation, il est maladroit et inexact de réunir ces dommages et intérêts sous une rubrique commune et de dire qu'ils protègent le même intérêt ou servent le même objectif.

Les critiques de M B Kelly concernent l'importance du *reliance interest* chez L L Fuller. L'auteur estime que le *reliance interest* ne joue pratiquement aucun rôle dans le calcul des dommages et intérêts. Le modèle idéal (mettre la partie dans la situation où elle aurait été si le contrat n'avait pas existé) est très loin de l'application pratique. Le *reliance interest* idéal se serait transformé en un *expectation interest*. L'auteur discerne trois étapes dans l'abandon du *reliance interest* comme modèle de référence. La première tient à la composition du *reliance interest*. Celui-ci inclut normalement, selon L L Fuller<sup>245</sup>, une certaine mesure des opportunités auxquelles le créancier a dû renoncer. Mais souvent le demandeur aura des difficultés à prouver exactement quelles auraient été les alternatives possibles. L'application du modèle des *reliance interests* aurait alors pour effet de sous-estimer le dommage du créancier. Afin de protéger réellement le *reliance interest*, LL Fuller préconise lui-même l'abandon de la preuve du dommage résultant du refus de conclure d'autres contrats<sup>246</sup>. Le meilleur moyen pour « couvrir » ces pertes est d'adopter l'*expectation interest* comme point de mire des dommages et intérêts. Dans un marché compétitif, les biens et les services sont

---

<sup>244</sup> Tout au moins aux Etats-Unis ; l'auteur est américain.

<sup>245</sup> L L Fuller et W Perdue, *supra*, p 55.

<sup>246</sup> *Idem*, p 60-2.

plus ou moins semblables ; par conséquent, le contrat refusé a toutes les chances d'être similaire au contrat signé. Alors que L L Fuller et W Perdue ont érigé le *reliance interest* comme un fondement appelant une sanction plus vigoureuse que l'*expectation interest*, ils ont toutefois préconisé en pratique l'adoption de ce dernier modèle. C'était introduire une contradiction interne entre l'objectif et la mesure de la réparation. La deuxième étape tient à l'adoption de l'*expectation interest* alors même que la réparation couvrant le *reliance interest* aboutit à des résultats différents. Dans la première hypothèse, la contradiction est conceptuelle et non pratique puisque le *reliance interest* et l'*expectation interest* aboutissent au même résultat (le marché est compétitif et les produits sont similaires). Ici, au contraire, il existe une différence pratique entre la réparation selon l'un ou l'autre modèle. Les dépenses engagées sont plus importantes que le gain espéré (par exemple, le contrat est désavantageux pour le créancier, il a fait une « mauvaise affaire »). L L Fuller refuse de retenir son modèle du *reliance interest* comme mesure de la réparation. L'*expectation interest* doit être un plafond à ne pas dépasser<sup>247</sup>. La troisième transformation a consisté à adopter une partie seulement du *reliance interest*. Celui-ci comprend normalement les dépenses engagées et les contrats refusés<sup>248</sup>. Mais parfois les juges ne retiennent que la première branche lorsque l'obligation totale à la dette a pour le débiteur des conséquences particulièrement graves ou que l'évaluation de la dette est incertaine. Cette transformation, qui est incompatible avec la première (où la notion de contrat refusé était retenue pour aligner le *reliance interest* sur l'*expectation interest*), rend le *reliance interest* encore plus insaisissable<sup>249</sup>. M B Kelly se pose donc la question de la définition de cet intérêt. Il y répond en identifiant trois sous-groupes : le *reliance interest* pure, le *reliance interest* limité par l'attente du gain (*expectation*) et la catégorie des dépenses engagées. Selon l'auteur, les juges appliqueraient en réalité les deux derniers, alors que la raison d'être du *reliance interest* (mettre la partie dans la situation où elle aurait été si le contrat n'avait pas existé) ne trouverait son expression que dans le premier sous-groupe. Cette divergence entre la théorie et la pratique (qui obscurcit notre compréhension du droit) devrait conduire à un alignement de celle-ci sur celle-là.

Mais, si ces critiques montrent bien que la théorie descriptive de L L Fuller n'est pas complètement satisfaisante, il n'en demeure pas moins que la très grande majorité des auteurs, dans toute la common law, continue de s'inscrire dans ce cadre. Avec, malgré tout, un

---

<sup>247</sup> L L Fuller et W Perdue, supra, p 75.

<sup>248</sup> Idem, p 55.

<sup>249</sup> Le titre de l'article de M B Kelly s'intitule d'ailleurs 'The Phantom Reliance Interest in Contract Damages'.

principe classique dominant : la réparation contractuelle consiste à octroyer le gain promis. L'apport de L L Fuller est plus important au niveau de la théorie du droit, de l'approche normative, qu'au niveau descriptif.

Les solutions du droit civil doivent maintenant être mises en perspective avec la common law.

## § 2. L'approche française

Il est intéressant de présenter l'approche française à l'égard du concept général de réparation en droit des contrats, dans une perspective comparée. Les perspectives du droit civil et de la common law sont inversées. Aujourd'hui, le principe, en common law, est celui de l'exécution forcée du contrat par équivalent. Les dommages et intérêts permettent de placer le créancier dans la situation où il aurait été si le contrat avait été exécuté. Les *damages* couvrent le profit escompté. En France, le dommage joue un rôle plus important. « Le débiteur a l'obligation de réparer le dommage causé au créancier par l'inexécution (fautive) du contrat, comme tout homme, en général, est tenu de réparer le dommage causé à autrui par sa faute (article 1382-1383 du Code civil) »<sup>250</sup>. Alors que les *remedies* en common law ont une fonction d'exécution forcée du contrat, en droit civil, la responsabilité contractuelle a une fonction de réparation des dommages. La conséquence pratique est qu'en France, si aucun dommage n'est causé, il n'y a pas de responsabilité pour inexécution du contrat.

La jurisprudence française met clairement en évidence cette fonction de réparation des dommages et intérêts lorsqu'elle exige l'existence d'un dommage pour faire droit à une demande en indemnisation pour inexécution contractuelle. L'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 3 décembre 2003 <sup>251</sup> est le plus récent sur ce point. Le preneur d'un local commercial restitue les lieux dans un « état lamentable », suite à un manquement grave à son obligation contractuelle d'entretien. Le bailleur demande alors que des dommages et intérêts viennent sanctionner cette défaillance. Mais, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir rejeté la demande en dommages et intérêts car ceux-ci ne peuvent être alloués que si le juge, au moment où il statue, constate qu'il est résulté un préjudice de la faute contractuelle. Or, devant relouer par la suite les lieux pour qu'ils soient

<sup>250</sup> J Carbonnier, 'Droit civil', t. IV, 154, p 257.

<sup>251</sup> Bull. 2003 III n° 221; RTDciv. 2004 p 295-6, note P Jourdain ; Défrénois, 2004 p 1332-5, note L Ruet ; RDC. 2004 p 280, note P Stoffel-Munck.



transformés en salon de coiffure et un réaménagement complet ayant été entrepris, il importait peu que les lieux aient été dans un état lamentable ou non lors de la relocation. De plus, « le bailleur ne prétendait ni avoir réalisé des travaux ou contribué à l'aménagement du nouveau preneur ni dû consentir à un bail à des conditions plus défavorables que si l'état avait été différent », il n'avait donc subi aucun préjudice particulier du fait de la défaillance de son premier preneur à exécuter ses obligations.

Cette fonction de réparation du dommage causé de la responsabilité contractuelle n'est pas très ancienne. P Rémy a retracé cette évolution dans un éclairant article qui commence ainsi : « L'invention d'une 'responsabilité contractuelle' taillée sur le modèle de la responsabilité délictuelle est récente : le code envisage en effet les dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat comme un mode de paiement forcé de l'obligation (l'effet de l'engagement contracté), non comme la réparation d'un dommage injustement causé (la sanction d'un délit). Le glissement d'un concept à l'autre ne s'opère qu'à la fin du XIXe siècle. Ses conséquences sont considérables : d'un côté, les schémas de la responsabilité délictuelle ont envahi et déformé le régime du contrat ; de l'autre, l'utilisation de la 'responsabilité contractuelle' pour réparer des dommages extra-contractuels (comme les dommages causés à la personne d'un cocontractant) perturbe et complique notre système de responsabilité civile »<sup>252</sup>.

La « responsabilité contractuelle » est traitée dans le Code civil au titre III du Livre III, dans un chapitre intitulé « De l'effet des obligations », et plus précisément dans une section dont le titre est « Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation ». Le Code civil comprend donc le droit du créancier à des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat comme un effet de l'obligation contractée. Ainsi, le débiteur est, sauf en cas de dol, tenu de procurer au créancier l'équivalent de l'avantage qu'il attend du contrat et non de réparer le dommage qui lui est injustement causé.

Avant la décision du 3 décembre 2003, la Cour de cassation a, un bref moment, été tentée d'adopter le modèle de la fonction d'exécution forcée du contrat des dommages et intérêts. Dans l'arrêt Bolmont du 30 janvier 2002 <sup>253</sup>, sa troisième chambre civile décide que

---

<sup>252</sup> P Rémy, 'La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept', RTDciv. 1997, p 323.

<sup>253</sup> Bull. civ. III, n° 17 ; voir aussi : Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 octobre 1993, Bull. civ. I, n° 287 ; Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 13 novembre 1997, Bull. civ. III, n° 202.

« l'indemnisation du bailleur en raison de l'inexécution par le preneur des réparations locatives prévues au bail n'est subordonnée ni à l'exécution de ces réparations ni à la justification d'un préjudice ». Rendue au visa de l'article 1147 du Code civil, cette décision admet que des dommages et intérêts puissent être alloués au créancier d'une prestation inexécutée, sans qu'il ait préalablement à prouver l'existence d'un dommage causé par cette défaillance. Mais la troisième chambre civile n'a pas longtemps embrassé cette thèse puisqu'en 2003, elle a exigé à nouveau la caractérisation d'un dommage.

L'étendue de la réparation doit couvrir tout le dommage, mais rien que le dommage <sup>254</sup>. Le dommage imprévisible est exclu (il est intéressant de noter que les auteurs se fondent sur l'article 1150 du Code civil qui n'envisage pas le dommage mais les dommages et intérêts, ce qui n'est pas la même chose). La règle de la réparation intégrale du dommage s'applique aussi bien à la responsabilité contractuelle qu'à la responsabilité délictuelle. Le montant des dommages et intérêts peut comprendre : 1) la réparation du préjudice moral et matériel, 2) pour ce dernier, il s'agit du gain manqué (*lucrum cessans*) <sup>255</sup> et de la perte subie (*damnum emergens*) en vertu de l'article 1149 du Code civil, 3) la réparation du préjudice futur et actuel, à la condition qu'il soit certain, le préjudice éventuel n'est pas pris en compte.

Si l'on compare le droit civil et la common law sur ce point, on constate, dans la théorie générale de la réparation, que le mouvement des idées se croise mais ne se rejoint pas. Pendant la jeunesse du Code civil, les dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat sont un effet de l'obligation contractée ; ils sont la forme que prend ordinairement l'obligation contractuelle, lorsque le créancier recourt à la contrainte, faute de pouvoir obtenir l'exécution en nature. Pendant ce temps, Outre-Manche, le *writ of assumpsit* n'autorise le créancier qu'à demander une réparation calculée en fonction du dommage causé par la *misfeasance* ou la *nonfeasance* de l'obligation, le dommage étant lui-même évalué par rapport à la *reliance* (perte subie, ou *damnum emergens*) suscitée par la promesse. Vers la fin du dix-neuvième siècle, les dommages et intérêts du Code civil se muent en un instrument nouveau de réparation du dommage causé, abandonnant leur fonction d'exécution forcée par équivalent

---

<sup>254</sup> F Terré, P Simler, Y Lequette, Droit Civil, Les Obligations, Précis Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, Dalloz, p 541 et 581-2.

<sup>255</sup> Où concilier l'article 1149 du Code civil avec la conception 'moderne' de la responsabilité contractuelle demande une certaine agilité intellectuelle car, d'un côté ce texte affirme que le gain manqué doit être couvert, et, de l'autre, on enseigne que la responsabilité contractuelle ne peut couvrir qu'un dommage. Dire qu'il ne peut y avoir de condamnation au paiement de dommages et intérêts en l'absence de dommage, revient à supposer qu'il peut exister des cas où une inexécution n'entraîne aucun dommage. Mais, pourquoi est-ce que la non-obtention du gain promis peut ne pas constituer un dommage ?

du contrat ; alors qu'en pays de common law, c'est l'inverse qui se produit. La réparation est calculée par rapport à la promesse sans lendemain. La sanction devient une exécution forcée par équivalent (dommages et intérêts) de la promesse elle-même. L'attente, ou le gain espéré (*expectations*), devient la mesure de la réparation.

La présentation du cadre général de la réparation contractuelle étant terminée, l'originalité ou la banalité des cas où l'estoppel et sa variation française permettent de protéger la confiance va pouvoir être mise en évidence. Le langage de la réparation est le même, que l'on se situe sur un plan général ou particulier.

## Section 2. Les applications en matière d'estoppel

En common law, l'étendue de la protection de la confiance par la voie de l'estoppel n'est pas difficile à cerner car la question a été abondamment étudiée par les auteurs et la jurisprudence est foisonnante ; en droit civil, le problème est relativement nouveau. Il faut tenir compte de deux difficultés. D'abord, le concept d'estoppel n'existe pas à proprement parler, son fondement est discuté. Et comme l'analyse de l'étendue de la protection est tributaire du fondement, qui résulte d'un choix entre plusieurs théories et d'une lecture orientée et parcellaire de la jurisprudence, les solutions dégagées sont nécessairement fragiles et critiquables. Ensuite, l'évaluation du dommage en droit français relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. La jurisprudence de la Cour de cassation est pratiquement inexistante. Du coup, l'accès à l'information est difficile, la jurisprudence publiée est rare. Ceci étant dit, passons à l'étude de l'étendue de la protection dans les pays de common law (§ 1) et en droit civil français (§ 2).

### § 1. La common law

#### A. Les Etats-Unis

##### 1° Un rappel historique et l'évolution de §90

Le premier *Restatement of Contracts* de 1932 représentait la quintessence de la théorie contractuelle classique du dix-neuvième siècle. La théorie de la cause (*consideration*) y jouait un rôle prédominant ; la confiance (*reliance*) du dix-huitième siècle y était reléguée au rang

des objets historiques. C'est l'intervention de Corbin qui a permis à cette dernière de ne pas complètement disparaître. En montrant aux rédacteurs du premier *Restatement* des cas où la confiance jouait un rôle important, il réussit à sauvegarder une place au *promissory estoppel* dans cette codification des idées libérales<sup>256</sup>. Mais, bien que la confiance fut un élément central de l'estoppel, les rédacteurs du premier *Restatement*, et notamment son rapporteur, Williston, estimèrent que la protection de la confiance suite à une promesse non causé (sans *consideration*) n'était pas l'objectif premier de la Section 90. En conformité avec le cadre intellectuel classique de l'époque, l'élément digne d'intérêt et de protection ne pouvait être que la promesse, c'est-à-dire l'intention. La confiance n'était qu'un facteur parmi d'autres prouvant le sérieux de cette dernière<sup>257</sup>.

Lors des travaux préparatoires en 1926<sup>258</sup>, un membre de l'audience présenta au rapporteur Williston une affaire hypothétique : un oncle, au courant que son neveu veut acheter une voiture, promet de lui donner \$1000. Le neveu achète une voiture pour \$600. Si l'oncle revient sur sa promesse et si le neveu le poursuit en justice, quelle somme ce dernier peut-il obtenir : \$1000 ou \$600 ? Williston répondit que l'oncle sera responsable à hauteur de \$1000, le montant de sa promesse. Maître Coudert, le célèbre avocat de New York, posa une question.

- Mr Coudert : Permettez-moi de vous déranger encore une fois, monsieur le rapporteur, en posant cette question. S'il vous plait, laissez moi voir si j'ai bien compris. Diriez-vous, monsieur le rapporteur, dans votre affaire de Johnny et de l'oncle, où l'oncle promet \$1000 et où Johnny achète la voiture – disons \$500 -, que l'oncle est responsable à hauteur de \$1000 ou de \$500 ?

- Mr Williston : Si Johnny a fait ce dont on attendait de lui, ou s'il a agi conformément aux attentes (*expectations*) de son oncle, je pense que l'oncle sera responsable à hauteur de \$1000.

- Mr Coudert : En d'autres termes, la justice pénalise l'oncle à hauteur de \$500.

- Mr Williston : Pourquoi dites-vous « pénalise » ?...

- Mr Coudert : Car la justice commanderait, il me semble, de donner à Johnny l'argent de sa voiture, mais devrait-il avoir sa voiture plus \$500 ? Je ne le pense pas.

---

<sup>256</sup> Cf. note 91. La suite de l'histoire a déjà été racontée : d'abord cantonné aux affaires familiales, l'estoppel s'est développé pour finalement jouer un rôle dans la sphère commerciale.

<sup>257</sup> J M Feinman, 'The Last Promissory Estoppel Article' (1992) 61 Fordham LR 303. p 305.

<sup>258</sup> Le dialogue qui suit est tiré de l'article de E Yorio et S Thel, 'The Promissory Basis of Section 90' (1991) 101 Yale LJ 111, p 116-17 et de l'article de L L Fuller et W Perdue, supra, p 64, note 14.

Des membres de l'audience, partageant le sentiment de Mr Coudert, commencent à protester. Mais Mr Williston tient bon et montre son attachement à la théorie classique des contrats.

- Mr Williston : Soit une promesse est obligatoire, soit elle ne l'est pas. Si elle l'est, elle doit être exécutée selon ce qui a été voulu.

C'est la politique du tout ou rien de l'âge classique appliquée au *promissory estoppel*. La promesse, l'intention, est la mesure de la réparation. Peu importe les dépenses engagées sur la foi de la promesse : la *detrimental reliance* n'est pas la mesure de la réparation au début du vingtième siècle. La section 90 n'a pas pour objectif, aux yeux de Williston, de protéger la confiance : « Je suis d'accord qu'il serait injuste dans ces circonstances (...) pour le promettant de ne pas faire ce qu'il a promis. (...) Cette section couvre les cas où il y a une promesse à réaliser et où le promettant sait que le destinataire de la promesse va agir sur le fondement de cette promesse. (...) La proposition est que les juges doivent rendre exécutoire la promesse. (...) Les dommages et intérêts pour rupture de la promesse représentent ordinairement une somme qui mettra le bénéficiaire de la promesse dans la situation où il aurait été si la promesse avait été tenue, et non dans la situation où il aurait été si la promesse n'avait pas été faite »<sup>259</sup>. Dès lors, la sanction peut correspondre soit à des dommages et intérêts couvrant l'*expectation interest* soit à l'exécution forcée en nature de la promesse (*specific performance*)<sup>260</sup>.

## 2° Le principe proclamé depuis Fuller et Perdue

L'attention de la doctrine se détourna progressivement du fondement contractuel (à savoir le rôle joué par la promesse et l'intention) de la section 90 en raison, notamment, de l'article de L L Fuller et W Perdue de 1936. Ces derniers, on l'a vu, fournirent une nouvelle grille d'analyse en identifiant les intérêts à protéger par l'octroi de dommages et intérêts : le *restitution interest*, le *reliance interest* et l'*expectation interest*. Ces intérêts, au niveau de la sanction, indiquent à leur tour les fonctions latentes du contrat. Etant donné l'importance acquise par la *reliance* dans l'analyse de L L Fuller et W Perdue, la section 90 apparaissait de plus en plus comme une théorie dont l'objectif premier était de protéger la *reliance* plutôt que

<sup>259</sup> Idem, supra. p 118.

<sup>260</sup> Mais Williston faisait la distinction entre le *promissory estoppel* et l'*equitable estoppel (representation of facts)*. Dans cette dernière hypothèse, la responsabilité est fondée sur une affirmation factuelle inexacte (*misrepresentation*). La sanction tend à réparer un dommage et non à effectuer une promesse qui n'existe pas. Cf. E Yorio et S Thel, idem, p 122.

de faire exécuter les promesses. Ainsi, alors que Williston voyait dans la section 90 un moyen de créer un contrat ayant force obligatoire (dont la rupture entraînait une réparation couvrant l'*expectation interest*), les auteurs, suivant L L Fuller et W Perdue, virent les dommages et intérêts couvrant le *reliance interest* comme la sanction adéquate. Ce point de vue fut renforcé en 1981 lors de la modification du second *Restatement of Contracts* qui élimina la condition de mise en jeu de l'estoppel d'une *reliance* définitive et substantielle et ajouta l'idée selon laquelle la réparation peut être limitée en fonction de ce qui semble juste<sup>261</sup>, i.e la mesure du *reliance interest* doit constituer un plafond.

L L Fuller part du constat fait par Williston à propos de certaines décisions qui octroient des dommages et intérêts couvrant l'*expectation interest*. Mais son objectif est de montrer l'importance du rôle joué par la *reliance* dans la mesure de la réparation<sup>262</sup>. Il commence par évoquer les cas où une personne a agit, croyant bénéficier d'une licence gratuite concernant l'utilisation d'un terrain. D'un côté, il y a des situations où la *reliance* suscitée par la promesse n'entraîne aucun droit au renouvellement de la licence et, de l'autre, il y a des affaires où la *reliance* confère au bénéficiaire de la promesse un droit de passage permanent. Entre ces deux extrêmes, il existe un grand nombre de cas intermédiaires. Parfois, les juges ordonnent le retrait de la licence si le bénéficiaire de la promesse est compensé pour son changement de position. Ailleurs, ils estiment que la destruction naturelle de la structure érigée met fin à la licence ; ou bien, ils limitent la durée de la licence à la durée de vie des améliorations réalisées sur la foi de la promesse. Dans ces décisions, le domaine de l'intervention judiciaire est limité par le *reliance interest*, ou alors la réparation octroyée représente l'approximation la plus fidèle de cet intérêt. Les auteurs reconnaissent toutefois que, dans ces accords informels, l'étendue de l'*expectation interest* peut être difficile à évaluer. Dans les cas où une licence est octroyée pour la durée de vie de la structure, il est toujours possible d'y voir un alignement du *reliance interest* sur l'*expectation interest*. Mais cette interprétation serait contradictoire avec le raisonnement suivi par les juges où l'idée de compensation du préjudice domine.

Ensuite, L L Fuller et W Perdue examinent les cas classés sous la rubrique *Waiver* (remise). Lorsqu'il s'agit de remises, la question de l'intérêt protégé n'est pas un problème d'étendue

---

<sup>261</sup> Idem, p 136

<sup>262</sup> L L Fuller et W Perdue, supra, p 402 ; les auteurs donnent les références d'un grand nombre de décisions antérieures à 1936 au support de leurs affirmations.

des dommages et intérêts, puisque ces derniers ne sont pas recherchés pour « rupture » de la remise. La question consiste plutôt à se demander dans quelle mesure une remise écarte le droit auquel le créancier a renoncé. Le domaine de la remise, est-il délimité par les termes même du renoncement ou bien par l'étendue de la confiance (*reliance*) du débiteur qui a bénéficié de cette remise ? En 1932, la réponse fournie par le Restatement of Contracts est que l'effet juridique d'une remise est mesuré en fonction de ses propres termes dès lors que cette remise a incité le débiteur à modifier sa position. Selon les auteurs, il n'est pas évident que cette analyse soit confirmée par les décisions. Au contraire, ils estiment que le domaine pratique de la remise est déterminé, non par l'attente créée (*expectation*), mais par le souci d'éviter au débiteur, qui agit sur la foi de l'abandon d'un droit par le créancier, un préjudice.

L L Fuller et W Perdue analysent aussi l'*estoppel in pais* (ancien nom de l'*equitable estoppel* américain ou de l'*estoppel by representation* anglais<sup>263</sup>). Etant donné qu'il est difficile de distinguer entre une promesse et une *representation*, et dans la mesure où cette distinction ne mérite pas d'être reprise<sup>264</sup>, l'étude de cette forme d'estoppel, qui, en théorie, ne se confond pas avec le *promissory estoppel*, n'appelle que quelques remarques. L'idée dominante est qu'un tel estoppel tend à protéger l'*expectation interest* en interdisant à l'auteur de la *representation* de se contredire (i.e maintien forcé de la *representation*). Mais L L Fuller et W Perdue relèvent un grand nombre de décisions où seul le *reliance interest* est protégé : la partie *estopped* doit de toute façon compenser les pertes subies par celui qui invoque l'estoppel. Par exemple, un débiteur cédé ne peut pas soulever en défense le caractère usuraire d'un prêt à l'encontre du cessionnaire de la créance de remboursement (il est *estopped* sur le fondement de l'*estoppel by representation*) ; en théorie il doit donc rembourser le capital et les intérêts usuraires (effet normal de l'estoppel : maintien de la *representation* selon laquelle le taux d'intérêt n'est pas usuraire, protection de l'*expectation interest* du créancier qui peut obtenir le remboursement total de sa créance) ; mais, en l'espèce, la responsabilité du débiteur cédé a été limitée au remboursement de la somme payée par le cessionnaire au cédant pour la cession de la créance. L'estoppel ne protège que le *reliance interest* du cessionnaire : les sommes dépensées pour l'achat de la créance ; et non l'*expectation interest* : le profit escompté représenté par le remboursement du capital avec les intérêts usuraires<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> Cf. note 1 et 2.

<sup>264</sup> L'appréciation de L L Fuller et W Perdue montre que l'estoppel en droit américain tend à être une notion unique, contrairement à la Grande Bretagne et à l'Australie. Cf. sur la conception américaine, note 80 et 81.

<sup>265</sup> *Campbell v Nichols*, 33 N.J.Law 81 (Sup. Ct. 1868). Cf. L L Fuller et W Perdue, supra, p 406, note 193

L L Fuller et W Perdue reconnaissent que parfois les juges ordonnent l'exécution d'une promesse, rendue obligatoire par la confiance suscitée, de la même manière qu'ils le font pour un contrat classique. Mais souvent, ils constatent que le *reliance* et l'*expectation interests* conduisent au même résultat : lorsque, par exemple, la promesse consiste à rembourser les dépenses engagées. Grands seigneurs, les auteurs avouent que parfois, lorsqu'il y a un décalage entre les deux intérêts, un juge serait bien avisé s'il choisissait de protéger le profit escompté (*expectation interest*) : par exemple, dans les affaires de souscription aux œuvres caritatives ou dans celles où l'octroi de l'exécution forcée en nature (*specific performance*) de la promesse permet d'éviter des problèmes insolubles d'évaluation.

L L Fuller et W Perdue terminent leur examen en concluant qu'une règle stricte comme celle du tout ou rien n'est pas souhaitable, mieux vaut un principe souple pouvant adapter la réparation aux besoins particuliers rencontrés en pratique. C'est d'ailleurs, selon eux, la position adoptée par les juges. Ces derniers font quatre choses en face d'une promesse ayant suscité la confiance d'autrui, qui a agit à son détriment : 1) rien, 2) restituer un bénéfice, 3) rembourser les pertes causées par la *reliance*, 4) octroyer le profit escompté. On retrouve là les trois intérêts précédemment étudiés dans le cadre de la réparation en général : le *restitution*, *reliance* et *expectation interest*.

### 3° Les applications concrètes favorables à l'*expectation interest*

A partir des années 1980, l'importance de la *reliance*, comme fondement de la force obligatoire et comme mesure de la réparation, a commencé à décliner aux yeux des juges et de la doctrine. J M Feinman <sup>266</sup> constate dès 1984 que la jurisprudence démontre une certaine tendance à appliquer les sanctions contractuelles classiques, ne tenant pas compte du caractère flexible (décrit par L L Fuller et W Perdue en 1936) de la sanction que constitue le *promissory estoppel*. La mesure de la réparation est alors calculée par rapport à l'*expectation interest* <sup>267</sup>.

<sup>266</sup> J M Feinman, 'Promissory Estoppel and Judicial Method' (1984) 97 Harvard LR 678, p 687.

<sup>267</sup> *Walters v. Marathon Oil Co.*, 642 F.2d 1098 (7th Cir. 1981) (Indiana law) (octroi du profit escompté d'une station de service); *Universal Computer Sys. v. Medical Servs. Ass'n*, 628 F.2d 820 (3d Cir. 1980) (Pennsylvania law) (octroi du profit escompté à celui qui n'a pas remporté un marché pour avoir déposé son offre trop tardivement); *Arnold's Hofbrau, Inc. v George Hyman Constr. Co.*, 480 F.2d 1145 (D.C. Cir.1973) (octroi du profit escompté du restaurant pour n'avoir pas pu finir les travaux en temps voulu); *Walker v. KFC Corp.*, 515 F. Supp. 612 (S.D. Cal. 1981) (octroi du profit futur escompté en matière de franchise); *Hurd v. Hutnik*, 419 F. Supp. 630 (D.N.J.1976) (octroi d'une pension à vie); *St. Germain v. Boshouwers*, 646 P.2d 952 (Colo. Ct. App. 1982) (octroi d'un salaire et des produits de la vente de marchandises perdues); *Kramer v. Alpine Valley Resort*, 108 Wis. 2d 417, 321 N.W.2d 293 (1981) (octroi du profit escompté résultant des travaux d'atelier).



En matière d'appel de marché de construction, la réparation de l'entrepreneur principal due par le sous-traitant en faute est le profit escompté non réalisé, i.e la différence entre le prix de vente de ce sous-traitant, par définition moins élevé, et le prix de vente d'un sous-traitant de substitution de dernière minute, par définition plus élevé <sup>268</sup>. En matière d'assurance, l'octroi de dommages et intérêts couvrant l'*expectation interest* consiste à ordonner à l'assureur de couvrir les risques, selon ce qui avait été promis <sup>269</sup>. De la même manière, les juges obligent les employeurs à payer la retraite promise des employés <sup>270</sup>. J M Feinman s'explique l'expansion de l'*expectation interest* par un déplacement du socle contentieux de la théorie du *promissory estoppel* : les échanges commerciaux ont remplacé les affaires de promesses de dons. Les juges reconnaissent peut être qu'en matière commerciale les dommages et intérêts couvrant l'*expectation interest* reflètent mieux les opportunités refusées que ne le ferait une sanction protégeant uniquement le *reliance interest*.

Le constat de la prévalence de l'*expectation interest* est repris par E Yorio et S Thel <sup>271</sup>. Les juges n'ont pas suivi la doctrine qui a délaissé la thèse du tout ou rien du rapporteur Williston (où la promesse et l'intention ont le premier rôle) pour adopter celle de L L Fuller et W Perdue (où la *reliance* a le premier rôle). E Yorio et S Thel montrent que les juges ordonnent en réalité l'exécution des promesses et ne protègent pas la confiance. Les juges ne limitent pas l'étendue de la réparation au *reliance interest*, comme l'avaient voulu les rédacteurs du second *Restatement of Contracts*. Sur ce point, l'analyse de E Yorio et S Thel se divise en deux temps <sup>272</sup>.

<sup>268</sup> *Debron Corp. v. National Homes Constr. Corp.*, 493 F.2d 352 (8th Cir. 1974) (Missouri law); *Saliba-Kringlen Corp. v. Allen Eng'g Co.*, 15 Cal. App. 3d 95,92 Cal. Rptr. 799 (1971); *S. M. Wilson & Co. v. Prepakt Concrete Co.*, 23 Ill.App. 3d 137, 318 N.E.2d 722 (1974); *Constructors Supply Co. v. Bostrom Sheet Metal Works, Inc.*, 291 Minn. 113, 190 N.W.2d 71 (1971); *Swinerton & Walberg Co. v. City of Inglewood-Los Angeles County Civic Center Auth.*, 40 Cal. App. 3d 98, 114 Cal. Rptr. 834 (1974).

<sup>269</sup> *Prudential Ins. Co. of Am. v. Clark*, 456 F.2d 932 (5th Cir. 1972) (Florida law); *Hellbaum v. Burwell & Morford*, 1 Wash.App. 694, 463 P.2d 225 (1969); *Northwestern Bank of Commerce v. Employers' Life Ins. Co. of Am.*, 281 N.W.2d 164 (Minn. 1979).

<sup>270</sup> *Wickstrom v. Vern E. Alden Co.*, 99 Ill. App. 2d 254, 240 N.E.2d 401 (1968); *Sanders v. United Distribs., Inc.*, 405 So.2d 536 (La. Ct. App. 1981) ; *Katz v Danny Dare, Inc.*, 610 S.W.2d 121 (Mo. Ct. App. 1980). Dans un certain nombre d'affaires similaires, le même principe s'applique. Exemple : *Lawshe v. Glen Park Lumber Co.*, 176 Ind. App. 344, 375 N.E.2d 275 (1978) (le promesse du propriétaire d'une maison de payer les matériaux à l'entrepreneur); *Kirkpatrick v. Seneca Nat'l Bank*, 213 Kan. 61,515 P.2d 781 (1973) (la promesse d'une banque de payer les frais de compte) ; *United Elec.Corp. v. All Serv. Elec., Inc.*, 256 N.W.2d 92 (Minn. 1977) (la promesse par l'entrepreneur principal de payer aux sous-traitants les matériaux) ; *American Sav. & Loan Ass'n v. Stanton-Cudahy Lumber Co.*, 85 Nev. 350, 455 P.2d 39 (1969) (la promesse faite par une banque d'investissement de financer le fournisseur d'un sous-traitant pour l'achat des matériaux).

<sup>271</sup> E Yorio et S Thel, 'The Promissory Basis of Section 90' (1991) 101 Yale LJ 111.

<sup>272</sup> La base de données à partir de laquelle les auteurs travaillent est une compilation des articles suivants (Cf. note 16 de leur article) : M E Becker, 'Promissory Estoppel Damages', (1987) 16 Hofstra LR 131, 163 : "[I]n donative cases, courts routinely afford full enforcement. In commercial, contract-based cases, expectation

Tout d'abord, l'octroi du profit escompté constitue la réparation ordinaire. Un grand nombre d'affaires le prouve. Les décisions citées par le second *Restatement of Contracts*, au nombre de trente-neuf, accordent toutes, à l'exception de cinq, une protection de l'*expectation interest* par une exécution forcée en nature (*specific performance*), des dommages et intérêts ou une injonction<sup>273</sup>. Dans les cinq affaires<sup>274</sup> où l'*expectation interest* n'a pas été retenu, l'octroi de dommages et intérêts couvrant le profit escompté était inapproprié pour l'une des raisons suivantes : il n'y a pas de promesse, la preuve de la promesse n'est pas rapportée, le fondement de la solution n'est pas la rupture de la promesse, le profit escompté est difficile à prouver.

En 1985, soit un an après l'examen de J M Feinman, une étude de toutes les affaires sur la section 90 des dix dernières années a montré que dans les cinq sixièmes des décisions où le

---

damages are similarly available provided that expectation damages would be available under normal limits on expectation damages." ; D A Farber & J H Matheson, 'Beyond Promissory Estoppel : Contract Law and the "Invisible Handshake"' (1985) 52 Chicago LR 903 : "[R]eliance plays little role in the determination of remedies [under <section> 90] .... [R]ecent cases are heavily weighted towards the award of full expectation damages" ; Feinman, 'Promissory Estoppel and Judicial Method' (1984) 97 Harvard LR 678, p 687-88 (in <section> 90 cases, availability of specific performance is same as in bargain cases and typical damages remedy is expectation damages) ; cf. JOHN E. MURRAY, MURRAY ON CONTRACTS <section> 66, at 283 (3d ed. 1990) ("[I]t is clear that the typical recovery protects the expectation interest, i.e., full enforcement of the promise ....").

<sup>273</sup> *D'Oench, Duhme & Co. v. FDIC*, 315 U.S. 447 (1942) (exécution forcée en nature, *specific performance*, d'un billet à ordre) ; *Janke Constr. Co. v. Vulcan Materials Co.*, 386 F. Supp. 687 (W.D. Wis. 1974) (dommages et intérêts couvrant l'*expectation interest*, le profit escompté) ; *Crail v. Blakely*, 505 P.2d 1027 (Cal. 1973) (idem) ; *Burgess v California Mut. Bldg. & Loan Ass'n*, 290 P. 1029 (Cal. 1930) (idem) ; *Graddon v Knight*, 292 P.2d 632 (Cal. Dist. Ct. App. 1956) (idem) ; *Chrysler Corp. v Quimby*, 144 A.2d 123 (Del. 1958) (idem) ; *Salsbury v. Northwestern Bell Tel Co.*, 221 N.W.2d 609 (Iowa 1974) (idem) ; *Miller v. Lawlor*, 66 N.W.2d 267 (Iowa 1954) (injonction) ; *Greiner v. Greiner*, 293 P. 759 (Kan. 1930) (exécution forcée en nature) ; *Devecmon v. Shaw*, 14 A. 464 (Md. 1888) (dommages et intérêts couvrant le profit escompté) ; *McLearn v. Hill*, 177 N.E. 617 (Mass. 1931) (exécution forcée en nature d'une promesse implicite de ne pas soulever la prescription) ; *Huhtala v. Travelers Ins. Co.*, 257 N.W.2d 640 (Mich. 1977) (promesse du défendeur recevant l'exécution forcée en nature pour empêcher l'exception de prescription) ; *Lusk-Harbison-Jones, Inc. v Universal Credit Co.*, 145 So. 623 (Miss. 1933) (promesse du demandeur recevant l'exécution forcée en nature pour empêcher le recouvrement) ; *Feinberg v. Pfeiffer Co.*, 322 S.W.2d 163 (Mo. Ct. App. 1959) (dommages et intérêts couvrant le profit escompté) ; *Ricketts v. Scothorn*, 77 N.W. 365 (Neb. 1898) (idem) ; *Horsfield v. Gedicks*, 118 A. 275 (N.J. Ch. 1922) (*specific performance*) ; *Spiegel v Metropolitan Life Ins. Co.*, 160 N.E.2d 40 (N.Y. 1959) (dommages et intérêts couvrant le profit escompté) ; *Siegel v. Spear & Co.*, 138 N.E. 414 (N.Y. 1923) (idem) ; *De Cicco v. Schweizer*, 117 N.E. 807 (N.Y. 1917) (idem) ; *Phalen v. United States Trust Co.*, 78 N.E. 943 (N.Y. 1906) (*specific performance*) ; *Hamer v. Sidway*, 27 N.E. 256 (N.Y. 1891) (dommages et intérêts couvrant le profit escompté) ; *Spector v. National Cellulose Corp.*, 48 N.Y.S.2d 234 (Sup. Ct. 1943) (promesse du demandeur de ne pas réclamer sa créance (note) recevant l'exécution forcée en nature) ; *In re Field's Estate*, 172 N.Y.S.2d 740 (Sur. Ct. 1958) (souscription caritative orale valable et exécutée) ; *East Providence Credit Union v. Geremia*, 239 A.2d 725 (R.I 1968) (dommages et intérêts couvrant le profit escompté).

<sup>274</sup> *Goodman v. Dicker*, 169 F.2d 684 (D.C. Cir. 1948) (dommages et intérêts couvrant le *reliance interest*, les dépenses engagées) ; *Terre Haute Brewing Co. v. Dugan*, 102 F.2d 425 (8th Cir. 1939) (idem) ; *Kaufman v. Miller*, 214 Ill. App. 213 (1919) (restitution) ; *Aiello v Knoll Golf Club*, 165 A.2d 531 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1960) (dommages et intérêts couvrant les dépenses engagées) ; *Hoffman v. Red Owl Stores*, 133 N.W.2d 267 (Wis. 1965) (idem).

problème de l'étendue de la réparation a été posé le profit escompté a été accordé (*expectation interest*) ; les dépenses engagées (*reliance interest*) ont été remboursées dans un sixième des cas<sup>275</sup>.

Cet appétit des juges pour l'*expectation interest* serait dû, selon D A Farber et J H Matheson<sup>276</sup> reprenant sur ce point Feinman, à l'expansion du domaine de la section 90. A l'origine prévue pour obtenir l'exécution forcée en nature des promesses de dons, elle est devenue un excellent moyen pour faire exécuter les promesses d'ordre commercial. Mais E Yorio et S Thel ne croient pas que l'octroi du profit escompté trouve uniquement sa justification dans l'idée de promotion de l'activité économique ou de compensation pour les opportunités abandonnées. Il suffit pour s'en convaincre de remarquer que les promesses de dons sont exécutées de force ; ici, l'argument économique perd sa pertinence.

Une autre explication habituelle est de dire qu'il est souvent difficile de prouver l'étendue de la confiance trompée ayant entraîné des dépenses sur la foi de la promesse : le créancier a pu subir une perte personnelle non quantifiable ou ne peut pas prouver les montants des opportunités refusées. L'octroi du profit escompté devient alors le meilleur moyen pour réparer ces pertes. Cet argument est valable tant que ces pertes sont difficiles à évaluer. Mais les décisions montrent que même lorsque ces pertes sont identifiées, le choix des juges penche plutôt vers l'octroi du profit escompté. Par exemple, dans l'affaire *Ricketts v Scothorn*<sup>277</sup> le demandeur abandonne un emploi payé \$10 par semaine sur la foi d'une promesse écrite de son grand-père de lui donner \$2000 avec intérêt. Un an après, elle reprend son travail avec l'accord de son grand-père. Lors de son décès, la somme n'est toujours pas payée et l'exécuteur testamentaire refuse d'exécuter la promesse. Pour les juges, les réparations possibles sont clairement identifiées : soit réparer la confiance trompée (*detrimental reliance*) en payant la perte de salaire pendant l'année de son chômage, environ \$520 ; soit satisfaire l'espérance du gain (*expectation*) en ordonnant le paiement de la somme promise, \$2000 plus intérêts. En l'espèce, les juges ont décidé de satisfaire l'espérance du gain et ont ordonné l'exécution de la promesse.

---

<sup>275</sup> D A Farber & J H Matheson, 'Beyond Promissory Estoppel', supra. p 907 et 909.

<sup>276</sup> Idem, p 929-30.

<sup>277</sup> Cf. note 140.

Le choix entre l'exécution forcée en nature et la compensation des dépenses engagées (protection de la confiance) se pose de la même manière en matière immobilière. Plus précisément, il s'agit de choisir entre soit accorder des dommages et intérêts couvrant le *reliance interest* mesuré par le montant des dépenses engagées pour l'amélioration du terrain, soit exiger la restitution de ce qu'a reçu le propriétaire du terrain (protection du *restitution interest*), soit ordonner l'exécution forcée en nature de la cession du bien (*specific performance*, protection de l'*expectation interest*). Là aussi, les juges ordonnent normalement l'exécution forcée en nature lorsque cela est possible <sup>278</sup>.

E Yorio et S Thel relèvent aussi que, selon certains commentateurs, le juge adopterait une approche flexible lorsqu'il met en œuvre le *promissory estoppel* <sup>279</sup>. La reformulation du second *Restatement of Contracts* section 90 *in fine* (limiter la réparation selon ce qui semble juste) confirmerait cette flexibilité. Il existerait plusieurs raisons limitant la réparation à la protection du *reliance interest* : la bonne foi du promettant, la différence entre la valeur de la promesse et le montant des pertes subies, la facilité à prouver l'étendue de la perte subie et la difficulté à calculer le montant du profit escompté. Mais, selon E Yorio et S Thel, les décisions étudiées contredisent cette analyse. Seule la difficulté à calculer le montant du profit escompté explique parfois certaines décisions où le montant de la réparation correspond aux pertes subies (*reliance interest*). L'autre raison qui amène les juges à ne pas satisfaire l'espérance du gain est le caractère non sérieux de la promesse ou l'absence de preuve de l'existence de la promesse. Dès lors que la promesse est prouvée et que l'octroi du gain est une réparation possible, le bénéficiaire de la promesse est mis dans la situation où il aurait été si la promesse avait été exécutée.

Dans un second temps, E Yorio et S Thel constatent que les cas où seule la compensation des pertes subies est octroyée ne sont pas en réalité de véritables cas d'estoppel (« *anomalous cases* »). Ces cas sont cités par les rédacteurs du second *Restatement of Contracts* <sup>280</sup>. Le premier est *Goodman v Dicker*<sup>281</sup>. Seul le *reliance interest* est protégé : les dépenses engagées sont remboursées, l'octroi du profit escompté est exclu. Dans cette affaire, il manque toutefois un élément central : la promesse. Les défendeurs ont seulement dit que l'admission au réseau avait été acceptée par le franchiseur. Le vocabulaire utilisé par les juges montre leur

---

<sup>278</sup> Cf. note 163-5.

<sup>279</sup> E Yorio et S Thel, *supra*, p 136.

<sup>280</sup> Pour une analyse exhaustive de ces cas, cf. E Yorio et S Thel, *supra*, p 139-151

<sup>281</sup> Cf. note 195. Les faits ayant été déjà présentés, on ne les rappellera pas.

compréhension de l'affaire ; à aucun moment ils n'emploient le terme de promesse, mais ils se réfèrent à la « conduite », aux « *statements* » et « *representations* ». D'ailleurs, les défendeurs n'étaient pas en position de conclure le contrat d'admission au réseau, ils n'étaient que de simples employés. En réalité, ce qui est en jeu est une *misrepresentation*. Le refus d'accorder le gain et la volonté de limiter la réparation à la perte subie sont tout à fait compréhensible si l'on se place sur le terrain du délit, et non du contrat.

L'affaire *Hoffman v Red Owl Stores*<sup>282</sup> est aussi connue pour ne protéger que le *reliance interest*. Les juges dénie à Hoffman le profit escompté (les profits futurs résultant de l'exploitation de la franchise) sur le fondement explicite de la section 90. La position du juge est ambiguë car d'un côté il se fonde sur la section 90 (qui nécessite l'existence d'une promesse) et de l'autre il se réfère à des « assurances » ou « *representations* » et non à des promesses. S'il n'existe pas de promesses, la section 90 ne peut pas être mise en œuvre. E Yorio et S Thel estiment qu'en réalité les juges ont « forcé » les faits sous la rubrique estoppel afin de permettre à Hoffman d'obtenir une réparation. Mais, même si le fondement reste le *promissory estoppel*, la solution n'est pas contradictoire avec la règle de l'octroi du profit escompté car il était impossible de le calculer. Les parties n'avaient pas encore négocié la façon de calculer les modalités de reversement du chiffre d'affaires à l'exploitant Hoffman lorsque il engagea l'action en justice. De plus, le chiffre d'affaires d'une exploitation nouvelle est toujours plus difficile à anticiper qu'un commerce bien établi.

Dans l'affaire *Kauffman v Miller*<sup>283</sup>, le demandeur occupe et réalise des améliorations sur la terre du défendeur croyant que ce dernier la lui léguerait. Après dix-sept ans d'occupation, le défendeur obtient du juge l'expulsion du demandeur. Celui-ci agit à son tour en justice et demande une indemnisation pour les dépenses engagées et les améliorations réalisées sur le terrain. En appel, le juge accède à sa demande. Ici, la cour n'a pas eu à choisir entre octroyer le profit escompté (léguer le terrain) et compenser les pertes subies car le demandeur ne réclamait que cette dernière réparation. De plus, la cour aurait certainement refusé d'ordonner le legs en raison de l'absence de la promesse.

La conclusion de E Yorio et S Thel est que les juges continuent d'octroyer le profit escompté dans la mesure où il existe bien une promesse (condition nécessaire pour être dans le domaine

---

<sup>282</sup> Cf. note 196.

<sup>283</sup> *Kauffman v Miller*, 214 Ill. App. 213 (1919).

d'application de la section 90) et dès lors que les profits escomptés peuvent être calculés de façon suffisamment précise.

Un auteur tenta de démontrer le contraire en s'appuyant aussi sur les décisions des juges<sup>284</sup>. Il montra qu'entre 1994 et 1996, sur les quatorze affaires où les dommages et intérêts furent alloués sur le fondement du *promissory estoppel*, dans sept cas les dommages et intérêts couvraient le *reliance interest* et dans les sept autres ils couvraient l'*expectation interest*. Mais il a justement été fait remarquer<sup>285</sup> que cet auteur manque de précision. Il ne distingue pas entre 1) les cas où le *reliance interest* est protégé quand l'*expectation interest* ne peut pas être évalué, l'alternative aux dommages et intérêts couvrant les pertes subies est donc l'absence d'indemnisation ; et, c'est l'hypothèse inverse, 2) les cas où le *reliance interest* est protégé alors que l'*expectation interest* peut être évalué, l'alternative étant alors des dommages et intérêts plus généreux couvrant le profit escompté.

Il résulte de ces études que le principe de l'octroi du profit escompté en matière de *promissory estoppel* n'est pas sérieusement remis en cause à ce jour en droit américain.

## B. La Grande-Bretagne

### 1° La nomenclature de L L Fuller et W Perdue

Le problème de la réparation de la confiance légitime trompée se pose dans les mêmes termes en droit anglais qu'en droit américain. E Cooke<sup>286</sup> pose la question, avec A S Burrows<sup>287</sup>, de savoir si l'estoppel protège le préjudice subi (*reliance loss*) ou octroie le profit escompté (réparation de l'*expectation loss*). A S Burrows estime que c'est une question à laquelle les juges doivent répondre une fois pour toutes, « ...[ils] ne doivent pas esquiver la question en prétendant que la réponse varie selon les faits d'espèces ». E Cooke présente, dans son article, deux cas hypothétiques. Dans le premier, une personne veut poursuivre un tiers en justice. Les deux savent que la prescription est acquise, mais le tiers assure la personne que, si elle agit, il ne soulèvera pas la prescription. Si, lors de la procédure, le tiers soulève la prescription, il sera

<sup>284</sup> R Hillman, 'Questioning the "New Consensus" on Promissory Estoppel : An Empirical and Theoretical Study' (1998) 98 Columbia LR. 580.

<sup>285</sup> R Craswell, 'How We Got This Way : Further Thoughts on Fuller and Perdue' (2001) Issues in Legal Scholarship, Symposium : Fuller and Perdue, Article 2, The Journals of Legal Scholarship (Bepress).

<sup>286</sup> E Cooke, 'Estoppel and the Protection of Expectations' (1997) 17 LS 258.

<sup>287</sup> A S Burrows, 'Contract, Tort and Restitution – A Satisfactory Division or Not' (1983) 99 LQR 217.

empêcher de le faire (*estopped*). Quelle est l'étendue de l'estoppel (ou étendue de la sanction, de la réparation ou de la protection) ? Si le tiers n'est pas *estopped*, la personne perd son procès et les frais de justice déjà engagés (*detrimental reliance* ou *reliance loss*) ainsi que l'espoir de gagner et d'obtenir des dommages et intérêts (*expectation loss*). L'assurance du tiers conduit la personne à croire qu'elle ne perdrait pas le procès en raison de la prescription. Les dépenses, par contre, ont déjà été supportées avant que le tiers ne se contredise. Dans le second cas, une personne s'occupe d'une maison qui appartient à un tiers et y apporte des améliorations sur la foi d'une assurance du tiers qu'un jour la maison lui appartiendra ou qu'elle pourra y vivre indéfiniment. Si ultérieurement, le tiers revient sur sa promesse et oblige la personne à partir, cette dernière subira une perte (*detriment*) : la perte subie (*reliance loss*) est représentée par la valeur du temps, des efforts et de l'argent investis dans la maison ; le gain espéré non satisfait (*expectation loss*) est la perte de la maison.

Selon E Cooke, il n'est pas toujours possible de distinguer entre les deux types de dommage. Lorsque l'estoppel empêche l'exécution d'un contrat, il n'y a pas vraiment de pertes. Par exemple, en matière de *promissory estoppel*, l'auteur de la promesse promet de ne pas réclamer le loyer prévu dans le contrat de bail. Ultérieurement, il réclame le complet paiement. Mais il ne pourra pas réclamer les loyers antérieurs. L'estoppel le lui interdit<sup>288</sup>. Le fait pour le preneur, qui invoque l'estoppel, de ne pas payer la totalité du loyer ne constitue pas un dommage.

Au regard de la jurisprudence anglaise, il semblerait que le modèle américain ait non seulement exercé une influence sur les questions mais aussi sur les réponses à apporter. La satisfaction du profit escompté est régulièrement ordonnée. Les tenants de la thèse introduite par L L Fuller et W Perdue selon laquelle les juges protègent plus souvent le *reliance interest* que l'*expectation interest* sont contredits par les décisions judiciaires.

## 2° La marginalisation du *reliance interest*

Peu d'auteurs adoptent ce critère comme expliquant la mesure de la réparation. C Davis estime que la théorie du *proprietary estoppel* est traditionnellement comprise comme une sanction protégeant le *reliance interest*, et moins l'*expectation interest*. Hobhouse LJ a

---

<sup>288</sup> *Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd*, (1947) KB 130.

appliqué, dans la décision *Sledmore v Dalby*, les propos de Mason CJ tirés de la décision *Commonwealth v Verwayen* recommandant une proportionnalité entre la sanction et le dommage<sup>289</sup>. P S Atiyah écrit que la théorie du *promissory estoppel* ne protège pas l'*expectation interest*. Selon lui, il est acquis en jurisprudence que le bénéficiaire de la promesse ne sera protégé que dans la mesure du dommage subi, et la protection est absente si le dommage est inexistant<sup>290</sup>.

La théorie en Angleterre de la confiance légitime, entendue comme la perte subie compensée par les dommages et intérêts, s'est sans doute inspirée des thèses de L L Fuller et W Perdue. Ce courant a été consacré aux Etats-Unis dans le second *Restatement of Contracts*.

En Grande-Bretagne, Lunney<sup>291</sup> a milité pour une unification de l'estoppel autour du concept de comportement déraisonnable (*unconscionability*). Il a affirmé que le droit créé par l'estoppel (*equity*) peut être attribué par le juge de n'importe quelle manière afin de faire justice entre les parties, en obligeant par exemple, mais pas nécessairement, l'auteur de la *representation* à ne pas se contredire. Selon lui, l'estoppel est une sanction flexible qui ne cherche pas à protéger les attentes et les profits escomptés (*expectations*). Seule la perte subie est la mesure de la réparation. Mais l'argumentation de Lunney se situe plus au niveau de ce qui devrait être (approche normative), que ce qui est (approche descriptive). Il souhaite une unification des différentes catégories d'estoppel sur le modèle du *proprietary estoppel* qui peut servir de *cause of action*. Afin d'éviter un conflit ouvert avec la théorie classique du contrat et de la *consideration* où l'*expectation interest* est, en principe, protégé par l'octroi de dommages et intérêts, il prône une sanction limitée au *reliance interest*.

Lunney n'est pas suivi par la jurisprudence. E McKendrick écrit, à propos des thèses de P S Atiyah sur le rôle de la *reliance* dans le droit des obligations : [ces dernières] méritent une attention toute particulière, mais elles ne représentent pas, tout au moins pas encore, le droit positif en Angleterre »<sup>292</sup>.

### 3° La protection de l'*expectation interest*

<sup>289</sup> Ces auteurs sont cités par A Robertson, 'Reliance and Expectation in Estoppel remedies' (1998) 18 LS 360, p 363.

<sup>290</sup> P S Atiyah, 'Contracts, Promises, and the Law of Obligations', *Essays on Contract*, (2001) OUP, p 55-6.

<sup>291</sup> Lunney, 'Towards a Unified Estoppel – The Long and Winding Road' (1992) *The Conveyancer and Property Lawyer*, 239, p 250. cité par E Cooke, *supra*.

<sup>292</sup> E McKendrick, 'Contract Law', 5th edition Palgrave Macmillan, 2003, p 7.



L'étude des cas montre qu'en réalité les arguments des tenants de la thèse de la *reliance* sont d'ordre normatif. Il est bien sûr toujours possible d'invoquer quelques décisions donnant l'impression de confirmer leur analyse. Mais ces décisions sont des exceptions au principe de la satisfaction du gain espéré. A S Burrows <sup>293</sup> pense que l'*expectation interest* devrait être toujours protégé en matière de *promissory estoppel*. E Cooke <sup>294</sup> développe sa proposition en s'appuyant sur un grand nombre de décisions et constate, de plus, que toutes les formes d'estoppel protègent l'*expectation interest*.

Toutefois, la distinction entre les autres formes d'estoppel et le *proprietary estoppel* est utile en raison du régime original en droit anglais de ce dernier.

a) Les estoppels comme moyen de défense

Lorsqu'un défendeur promet de ne pas soulever en défense la prescription et que le juge l'oblige à faire ce qu'il a dit, le demandeur obtient ce qu'il pensait obtenir (*expectation interest*), à savoir obtenir du défendeur qu'il ne soulève pas la prescription ; il ne reçoit pas des dommages et intérêts pour compenser ses frais de justice.

La plupart du temps, ces cas d'estoppel ne sont pas pensés en terme d'intérêt à protéger, ou d'étendue de la réparation. Etant donné qu'ils ne sont pas la cause d'une action en justice tendant à obtenir des dommages et intérêts ou une exécution forcée en nature, la question de la réparation ne se pose pas dans les mêmes termes que pour le *proprietary estoppel* qui, lui, aboutit à ce transfert de droits direct (*specific performance*) ou indirect (dommages et intérêts ; c'est à cet endroit que se pose le problème de l'étendue de la réparation). Qu'il s'agisse d'une *representation (estoppel by representation)*, d'une promesse (*waiver, promissory estoppel*) ou d'un accord (*estoppel by convention*), dans tous les cas, la personne ne pourra pas contester la réalité d'un fait représenté, l'abandon ou la modification d'un droit, ou le contenu d'un accord.

---

<sup>293</sup> A S Burrows, 'Contract, Tort and Restitution – A Satisfactory Division or Not' (1983) 99 LQR 217.

<sup>294</sup> E Cooke, 'Estoppel and the Protection of Expectations' (1997) 17 LS 258.

Dans l'affaire *Avon County Council v Howlett*<sup>295</sup>, la question de la protection de l'*expectation interest* par opposition au *reliance interest* a été clairement posée. Dans quelle mesure l'estoppel peut-il être utilisé comme un moyen de défense à une demande en restitution d'un paiement fait par erreur ? La Cour d'appel devait répondre. Elle a décidé que la défense était valable et qu'elle n'était pas limitée aux sommes déjà dépensées par l'employé. Selon E Cooke, *Avon County Council v Howlett* est représentatif du droit positif sur la question du paiement par erreur. L'*expectation interest* reste protégé. Mais, l'auteur reconnaît que parfois il peut être possible d'autoriser une restitution partielle lorsque le refus d'une telle restitution apparaît extrêmement injuste<sup>296</sup>.

Ces catégories d'estoppel ne posent pas de réelles difficultés. P S Atiyah reconnaît que la mise en œuvre de l'*estoppel by representation* équivaut à ordonner l'exécution forcée en nature d'un contrat<sup>297</sup>. Ce faisant, il reconnaît implicitement que son objet est de protéger l'*expectation interest*.

Pour le *promissory estoppel*, la situation est sans doute plus subtile puisque son effet extinctif est provisoire et non permanent<sup>298</sup>. Le créancier peut réaffirmer son droit en notifiant au débiteur, bénéficiaire de la promesse, son intention. Toutefois, en ce qui concerne la période couverte par l'estoppel (i.e antérieure à la notification), la situation du débiteur ne peut pas être remise en cause. Donc, l'effet de l'estoppel est bien de protéger l'*expectation interest*. Après la notification, cet intérêt n'est plus protégé car l'effet de l'estoppel est éteint, la sanction a disparu.

#### b) Le *proprietary estoppel*

S Gardner définit ainsi l'*expectation interest* en matière de *proprietary estoppel* : c'est le plus grand intérêt : 1) suscité par le défendeur dans l'esprit du demandeur suite à des encouragements ; 2) auquel le demandeur pense raisonnablement avoir droit ; et 3) sur la foi

---

<sup>295</sup> Cf. note 134. Il s'agit en l'espèce d'un *estoppel by representation* ; la solution peut être étendue aux autres types d'estoppel qui fonctionnent comme des moyens de défense.

<sup>296</sup> Pour une appréciation similaire, cf. note 156. D'ailleurs les juges dans *Avon County* laissent ouverte cette possibilité.

<sup>297</sup> P S Atiyah, , 'Misrepresentation, Warranty, Estoppel', *Essays on Contract*, (2001) OUP, p 308. Cf. aussi note 44-5 et le texte attaché.

<sup>298</sup> Cf. note 55.

duquel et pour lequel le demandeur agit <sup>299</sup>. Il relève un certain nombre de décisions où l'*expectation interest* est desservi, en théorie ou en pratique, par une exécution forcée en nature<sup>300</sup>.

La décision *Crabb v Arun District Council* <sup>301</sup> a ouvert la voie au *proprietary estoppel*. Les trois questions que se pose Scarman LJ sont une clé de lecture utile pour décider une affaire impliquant le *proprietary estoppel* : premièrement, un droit (*equity*) a-t-il été créé ? Deuxièmement, quelle est l'étendue de ce droit ? Troisièmement, quelle est la sanction appropriée ? La première et la troisième question ont déjà reçu un début de réponse dans la première partie. Seule la deuxième concerne l'étendue de la sanction ou de la réparation. Scarman LJ répond qu'en l'espèce il n'y a pas de permission, ni contrat, ni licence ; il estime que le minimum d'équité suffisante pour faire justice au demandeur l'oblige à ordonner le transfert soit d'un droit de passage, soit d'une licence. Il considère qu'il n'est pas nécessaire d'aller plus loin. Son analyse a été interprétée comme signifiant qu'il existe plusieurs options, mais qu'il faut choisir la moins contraignante pour l'auteur de la promesse. Mais, selon E Cooke, il est clair que, d'après le raisonnement de Scarman LJ pris dans son ensemble, le demandeur pouvait recevoir un droit susceptible d'exécution forcée. En l'espèce, le demandeur n'a pas eu à payer pour son droit d'accès. Cette gratuité s'explique par la longueur de la durée de temps pendant laquelle le terrain du demandeur a été inutilisable. En accordant un droit d'accès, les juges ont satisfait le profit escompté (ils ont protégé l'*expectation interest*), et même plus, puisque le droit d'accès n'a rien coûté. Il ne pouvait être question de ne protéger que le *reliance interest* ; si les juges avaient seulement compensé le dommage consistant à n'avoir pu dans le passé utiliser le terrain (*reliance loss*), le problème n'aurait pas été résolu pour l'avenir, le terrain restant sans valeur et inutilisable <sup>302</sup>. Pour S Gardner, l'espérance de gain n'était pas seulement un droit d'accès pour le futur, mais aussi le bénéfice d'avoir un tel droit pour les années passées. L'octroi de ce droit pour l'avenir et l'obligation

<sup>299</sup> S Gardner, 'The Remedial Discretion in Proprietary Estoppel', (1999) 115 L.Q.R. 438, p 443.

<sup>300</sup> *Duke of Beaufort v Patrick* (1853) 17 Beav 60, p 76 ; *Dillwyn v Llewellyn* (1862) 4 De GF & J 517, p 521 ; *Ramsden v Dyson* (1866) LR 1 HL 129, p 171 ; *Plimmer v Mayor, &c, of Wellington* (1884) 9 App.Cas. 699 p 714 ; *Ward v Kirkland* (1967) Ch. 194, p 242-43 ; *ER Ives Investment Ltd v High* (1967) 2 QB 379, p 394-95 ; *Siew Soon Wah v Yong Tong Hong* (1973) AC 836, p 846 ; *Jones v Jones* (1977) 1 WLR 438, p 442 ; *E & L Berg Homes Ltd v Grey* (1979) 253 EG 473 ; *Pascoe v Turner* (1979) 1 WLR 431, p 437-38 ; *Salvation Army Trustee Co Ltd v West Yorkshire Metropolitan County Council* (1980) 41 P & CR 179, p 192 ; *Watson v Goldsborough* (1986) 1 EGLR 265, p 267 ; *Re Basham* (1986) 1 WLR 1498, p 1510 ; *Voyce v Voyce* (1991) 62 P & CR 290, p 293-4 ; *Lim Teng Huan v Ang Swee Chuan* (1992) 1 WLR 113, p 118 ; *Durant v Heritage* (1994) EGCS 134.

<sup>301</sup> Cf. note 103.

<sup>302</sup> E Cooke, 'Estoppel and the Protection of Expectations' (1997) 17 LS 258, p 266.

de payer pour son utilisation n'auraient pas exactement satisfait le profit escompté puisque la perte passée n'aurait pas été compensée. La gratuité du droit constitue donc un effort pour corriger ce défaut et octroyer au demandeur pleine satisfaction <sup>303</sup>.

Toutefois, le principe n'est pas absolu ; les juges ont un pouvoir d'appréciation important <sup>304</sup>. Mais la plupart du temps, ils essaient de satisfaire l'*expectation interest* <sup>305</sup>. Lorsque les mots sont vagues (par exemple, « la maison sera à toi pour toujours » peut signifier soit un droit d'usufruit à titre viager, soit une cession en pleine propriété), les juges doivent traduire l'espérance de gain des parties en droit certain. Ils peuvent le faire de différentes façons. Dans ce cas figure (« la maison sera à toi »), un des chemins emprunté a été de déclarer le demandeur locataire à vie selon le régime du Settled Land Act de 1925 ; mais comme le régime déterminé par l'Act apportait avec lui certaines obligations à la charge du locataire, les juges ont exercé leur pouvoir d'appréciation pour trouver des solutions alternatives. Au départ, l'estoppel était utilisé comme un moyen de défense à une action possessoire ou en revendication ; ce moyen était validé par les juges mais ne réglait pas le problème du statut ou du droit de la personne invoquant l'estoppel. La solution n'était pas satisfaisante et ne protégeait pas complètement contre une intervention postérieure de la personne *estopped* ou contre un tiers de bonne foi revendiquant lui aussi un droit sur le bien. Une des solutions à ce problème a été de conférer un droit réel (*proprietary interest*) et non plus un droit personnel comme une licence. Dans les années 1990, les juges se sont montrés plus enclin à octroyer ce que le demandeur voulait. Par exemple dans *Wayling v Jones* <sup>306</sup>, Mr Wayling recouvre tout le produit de la vente de l'hôtel, où il a travaillé pendant plusieurs années avec son ami pour un salaire très modique sur la foi qu'un jour il en hériterait. Dans la décision *Durant v Heritage* <sup>307</sup>, le demandeur obtient la propriété foncière du bien. Dans l'affaire *Walton v Walton* <sup>308</sup>, A Walton demande la propriété de la ferme familiale, suite aux travaux réalisés et aux dépenses engagées sur la foi de la promesse de sa mère de lui léguer cette propriété. Le juge Hoffmann LJ envisage d'autres alternatives : le transfert de propriété avec une soulte en argent due par A Walton, ou une location à vie avec un transfert du bail au petit-fils de l'auteur de la promesse. Finalement, il constate que le seul moyen de satisfaire l'*expectation interest* du demandeur est d'ordonner la cession à titre gratuit de la propriété de la ferme familiale.

---

<sup>303</sup> S Gardner, 'The Remedial Discretion in Proprietary Estoppel', (1999) 115 L.Q.R. 438, p 445.

<sup>304</sup> *Idem*.

<sup>305</sup> E Cooke, *supra*, p 267.

<sup>306</sup> *Wayling v Jones* (1993) 69 P & CR 170 CA.

<sup>307</sup> *Durant v Heritage and Hamilton* (1994) Ch Div, NPC 117.

<sup>308</sup> *Walton v Walton* (1994) NPC CA cité par E Cooke, *supra*, p 269.

Dans l'affaire *Regalian Properties plc v London Docklands Development Corporation*<sup>309</sup>, le demandeur commence des négociations en 1986 afin d'obtenir des locations immobilières dans la région des Docklands. Les clauses sont déterminées, notamment celle sur le prix, mais les contrats ne sont pas signés car les défendeurs demandent du temps pour des dessins à réaliser et des locataires à exclure. Plus tard, suite à un effondrement du marché immobilier, les prix fixés se révèlent trop élevés. Lorsqu'il apparaît évident que la transaction n'aboutira pas, le demandeur réclame la restitution des frais d'architecte engagés sur la foi de la négociation très avancée. Dans la décision rendue, Rattee J expliqua que la demande était fondée sur le quasi-contrat (*restitution*) et l'estoppel ne fut pas plaidé, car il en aurait résulté l'obligation pour les parties de signer et d'exécuter le contrat au prix fixé, ce que ne voulait pas le demandeur en raison de la baisse du marché immobilier. Les parties et le juge reconnaissaient donc implicitement que la mesure de la réparation en matière d'estoppel est le profit escompté ou l'*expectation interest*.

E Cooke examine aussi les cas les plus souvent cités par les tenants de la thèse du *reliance interest* qui justifieraient leurs propos<sup>310</sup>. Selon elle, dans chacun de ces cas, il y avait des raisons pour lesquelles l'*expectation interest* n'était pas satisfait : le demandeur ne le voulait pas, il était pratiquement impossible de les satisfaire. *Unity Bank* concerne les droits de deux fils contre leur père qui possède un terrain sur lequel ils ont construit. Les fils ne réclamaient pas la propriété du bien (ils ne demandaient pas à obtenir le profit escompté, l'*expectation interest*). Dans *Hussey v Palmer*, le demandeur a dépensé de l'argent dans une chambre de grand-mère, et tout ce qu'elle réclame est un droit équivalent à ses dépenses. L'affaire *Dodsworth* met aussi en jeu un demandeur qui a investi de l'argent dans la propriété d'un parent dans l'espoir de pouvoir y vivre. Le litige apparaît après le décès du propriétaire des lieux, et bien que le défendeur à l'action possessoire invoque un droit à rester dans les lieux, la Cour d'appel confirme l'ordonnance du premier juge du fond de mise en possession à la condition que les dépenses réalisées par le défendeur lui soient remboursées. Les juges d'appel estimaient que l'octroi d'un droit d'occupation, alors que les lieux étaient entre les mains des administrateurs, aurait conduit à reconnaître au demandeur la qualité de locataire à vie, ce qui signifiait octroyer un droit plus important que ce qui était demandé. Cette solution,

---

<sup>309</sup> *Regalian Properties plc v London Docklands Development Corporation* (1995) 1 WLR 212. cité par E Cooke, supra, p 269.

<sup>310</sup> *Unity Joint Stock Mutual Banking Association v King* (1858) 25 Beav 72 ; *Hussey v Palmer* (1972) 1 WLR 1286 ; *Dodsworth v Dodsworth* (1973) 228 EG 1115.

conduisant à de nombreuses difficultés pratiques, est rejetée au profit d'une simple compensation jugée plus adaptée.

Il résulte de l'étude d'un ensemble de cas que l'octroi du profit escompté est la règle de principe lorsque le demandeur invoque le *proprietary estoppel*.

### C. L'Australie

#### 1° La réception du cadre théorique de L L Fuller et W Perdue

En introduction de son article sur l'étendue de la sanction en matière d'estoppel, A Robertson écrit que la question devenue essentielle est de savoir si les juges doivent adopter une approche privilégiant la *reliance* ou l'*expectation*. Reprenant la nomenclature de Fuller et Perdue, l'auteur se demande si l'effet de l'estoppel est de protéger le *reliance interest* ou l'*expectation interest* du demandeur<sup>311</sup>. Les juges peuvent protéger le *reliance interest* dans les cas d'estoppel en compensant les pertes subies par le demandeur résultant de sa confiance trompée placée dans la promesse ou la *representation* du défendeur. Les juges peuvent aussi protéger l'*expectation interest* du demandeur en lui octroyant une réparation qui le place dans la situation où il aurait été si la promesse avait été exécutée. Selon A Robertson, l'étude des cas australiens montre qu'il est impossible de dire qu'à chaque fois un seul intérêt est protégé : parfois il est impossible d'octroyer le profit escompté, d'autres fois la perte subie ne peut pas être évaluée. L'analyse de L L Fuller et W Perdue devient alors utile pour déterminer la sanction appropriée. Puisque la question de la sanction soulève le débat plus large de la nature et de la fonction de l'estoppel, il faut alors se demander si l'estoppel doit conduire à l'exécution d'une promesse, à empêcher les conduites déraisonnables ou à la réparation des préjudices résultant de la confiance placée dans le comportement d'autrui. L'adoption d'un certain type de sanction doit être logiquement liée à la philosophie de l'estoppel. Si la fonction de l'estoppel est de faire exécuter des promesses non causées, alors le profit escompté sera octroyé. Si sa fonction est d'éviter les pertes résultant d'une confiance mal placée, alors la perte sera comblée.

---

<sup>311</sup> A Robertson, 'Reliance and Expectation in Estoppel Remedies' (1998) 18 Legal Studies 360.

Malheureusement, les décisions des juges australiens ne sont pas toujours parfaitement logiques.

## 2° La divergence entre la fonction et la mesure de la réparation

En Australie, la fonction de l'estoppel est clairement énoncée par la Haute Cour de Justice<sup>312</sup>. Dans la décision *Waltons Stores*<sup>313</sup>, Brennan J estime que l'objet de l'équité n'est pas d'obliger la partie à maintenir l'affirmation ou à satisfaire le profit escompté ; son objet est d'éviter le préjudice subi par la partie qui a eu confiance. La Haute Cour n'a pas voulu remettre en cause le droit du contrat par l'estoppel. Les juges ont surmonté ce problème en insistant sur le principe d'*unconscionability* (comportement déraisonnable), à la base de l'estoppel, et sur le fait que l'estoppel ne conduit pas à l'exécution d'une promesse (sauf s'il y a une confiance trompée, *detrimental reliance*, selon Mason CJ et Wilson J). Ainsi, l'estoppel est à distinguer du contrat non seulement en raison des conditions de sa mise en œuvre mais aussi par son objet, qui n'est pas nécessairement de satisfaire le profit escompté (*expectations*). Il en résulte que les juges préfèrent compenser les pertes subies. Dans l'espèce *Waltons Stores*, le demandeur obtient des dommages et intérêts au lieu de l'exécution forcée en nature, mais cette réparation, étrangement, couvre l'*expectation interest*. La Haute Cour d'Australie, en décidant que les défendeurs ne peuvent pas nier qu'un contrat existe, compense les dépenses engagées par le demandeur pour la destruction et la reconstruction de l'immeuble mais aussi la perte du profit escompté. Le jugement de Mason CJ et de Wilson J est ambigu. D'un côté, ils insistent sur la *detrimental reliance* et remarquent qu'obliger l'auteur de la *representation* à ne pas se contredire n'est qu'un moyen de faire justice, de l'autre, ils évoquent l'estoppel comme englobant l'exécution forcée des promesses volontaires. Deane J et Gaudron J adoptent la conception traditionnelle de l'estoppel (l'estoppel comme moyen de preuve) et, reconnaissant que son effet est d'empêcher la personne *estopped* de contredire la vérité des faits présentés, protègent indirectement l'*expectation interest*. Parce que les défendeurs affirment au demandeur qu'un contrat existe, ils ne peuvent plus dire devant le juge qu'en réalité le contrat n'existe pas. Dans la réalité judiciaire, le contrat existe donc. Le profit escompté (la conclusion du contrat) est bien protégé, alors même que l'objectif proclamé est d'éviter un comportement déraisonnable.

<sup>312</sup> Cf. les textes à partir des notes 73 et 187.

<sup>313</sup> *Walton Stores (Interstate) Ltd v Maher* (1988) 164 CLR 387. Sur les faits cf. note 159.

Dans la décision *Commonwealth v Verwayen*<sup>314</sup>, le défendeur ne peut pas se contredire et soulever l'exception de prescription devant le juge car il a, au préalable, dit qu'il ne la souleverait pas. L'attente légitime (*expectation interest*) du demandeur est satisfaite. Si le demandeur a gagné devant le juge, c'est parce que les différentes opinions des juges suprêmes aboutissent, de façon presque fortuite, à une majorité en sa faveur. Deane J et Dawson J disent que le défendeur ne peut pas soulever la prescription ; Toohey J et Gaudron J disent que le gouvernement a abandonné (*waive*) son droit ; Mason CJ et Brennan J reconnaissent l'existence d'un estoppel et estiment que la réponse appropriée au problème est de compenser le dommage (protection du *reliance interest*) et d'autoriser l'exception de procédure (pas de protection de l'*expectation interest*) ; McHugh J dit qu'il n'y a ni estoppel, ni remise (*waiver*). Toohey, Gaudron et McHugh semblent admettre que, s'il y avait eu un estoppel, la réparation du dommage aurait été suffisante<sup>315</sup>.

En l'espèce, et mieux que dans *Walton Stores*, Mason CJ évalue l'importance du *detriment* et l'importance de son rôle dans la sanction. Il reconnaît que le demandeur subirait un dommage si le défendeur pouvait soulever l'exception de prescription, dans le sens où il échouerait dans son action en dommages et intérêts. Mason CJ distingue deux types de dommage. Au sens large, il y a le dommage qui résulte du déni de l'affirmation sur la foi de laquelle la personne a agit. Au sens étroit, il y a le dommage subi par la personne parce qu'elle a cru à l'affirmation (on est à un stade antérieur au déni). Les deux dommages ne se confondent pas nécessairement. Mason CJ estime que, si le dommage au sens large est au fondement de l'estoppel, le dommage au sens étroit permet de mesurer l'étendue de la réparation. De la même manière, Brennan J affirme que la réparation ne consiste pas à exécuter une promesse, bien que dans certaines situations cela soit nécessaire (comme dans *Waltons Stores*) pour faire justice. Toohey, Gaudron et McHugh JJ sont d'avis que l'estoppel n'a pas besoin d'entraîner l'exécution forcée.

Cette décision est constamment invoquée par les auteurs qui fondent l'estoppel sur le délit. Ainsi, la thèse centrale d'A Robertson est que l'*equitable estoppel* est, et doit être, un concept qui s'organise autour de la notion de *detrimental reliance* et qui fait partie du droit de la responsabilité délictuelle.

---

<sup>314</sup> *Commonwealth of Australia v Verwayen* (1990) 170 CLR 394.

<sup>315</sup> E Cooke, 'Estoppel and the Protection of Expectations' (1997) 17 LS 258.



Mais faut-il rappeler que le résultat pratique de la décision *Commonwealth v Verwayen* a été de dire que le Commonwealth ne pouvait pas soulever la prescription ? La divergence entre la fonction (compenser un dommage) et la mesure de la réparation (octroyer le profit escompté, satisfaire l'attente légitime) est bien réelle. Pourquoi ? A Robertson, afin de préserver le lien logique entre l'objectif et le résultat de l'estoppel, avance une explication. Lorsqu'il est difficile de calculer le dommage subi, le seul moyen de s'assurer que la confiance (*reliance*) est complètement protégée est d'octroyer le profit escompté. Ainsi dans *Commonwealth v Verwayen*, le demandeur continue d'agir en justice car le défendeur promet de ne pas soulever la prescription. Il en résulte un stress et une anxiété importants pour le demandeur qui peut craindre que le défendeur ne soulève malgré tout son moyen de défense. Ces préjudices moraux ne peuvent pas être compensés autrement que par la satisfaction de l'attente légitime du gain : par le maintien de la promesse de ne pas soulever la prescription <sup>316</sup>. D'où la solution. L'auteur constate aussi que la plupart du temps le *reliance interest* et l'*expectation interest* tendent à se confondre, en raison du fait, notamment, que le *reliance interest* intègre le dommage résultant d'une opportunité abandonnée (le contrat refusé).

Afin de montrer clairement le bien fondé de cette interprétation « délictuelle » de l'estoppel, l'auteur cite une décision <sup>317</sup> qui répare le *reliance interest* alors que celui-ci ne se confond pas avec l'*expectation interest* et que les deux peuvent être évalués. Dans cette affaire, le demandeur est amené à croire que la maison de son père (\$68.500) va lui appartenir à la mort de ce dernier. Sur la foi de cette croyance, le demandeur lui rend service, ce qu'il n'aurait pas fait normalement. Le père meurt. Le juge du fond décide qu'il y a un estoppel mais que le dommage n'est pas suffisant pour justifier le transfert de propriété de la maison. Il décide d'octroyer la moitié de la valeur de la propriété (\$34.250) sous forme de dommages et intérêts. La Full Court, à la majorité, casse la décision en appel car la réparation est trop élevée. Deux juges estiment que les services rendus par le demandeur auraient dû être évalués à un taux horaire généreux, prenant en compte le fait que les services n'aient pas été rémunérés au moment de leur réalisation. En appel, le demandeur se retrouve donc avec une somme réduite à \$15.000.

---

<sup>316</sup> A Robertson, 'Reliance and Expectation in Estoppel Remedies' (1998) 18 Legal Studies 360.

<sup>317</sup> *Public Trustee, as Administrator of the Estate of Percy Henry Williams (dec'd) v Walley* (june 1997) Full Court of Supreme Court of Tasmania.

A Robertson s'appuie sur cette décision pour montrer que l'adoption du *reliance interest* aboutit parfois à un résultat distinct. Il remarque aussi la position stricte du juge à l'égard du fondement de l'estoppel car le dommage subi (les services rendus) se prêtait en l'espèce difficilement à l'évaluation.

### 3° Le maintien de l'*expectation interest* comme mesure de la réparation

Malgré l'importance du dommage, le constat, depuis la décision *Commonwealth v Verwayen*, est que la réparation se calque sur l'*expectation interest*. Il n'existe pratiquement pas un seul cas où la mesure de la réparation ait été inférieure au profit escompté <sup>318</sup>.

M Spence, un auteur anglais écrivant à propos du droit australien, a milité pour une approche strictement fondée sur la *reliance* pour mesurer l'étendue de la réparation <sup>319</sup>. Cette approche doit permettre aux juges d'octroyer une réparation minimale pour éviter le dommage résultant de la confiance placée à tort dans une *representation*. Il reconnaît que parfois le seul moyen de protéger la confiance est d'ordonner une réparation qui couvre l'*expectation interest*, mais il suggère que cette forme de réparation ne doit être mise en œuvre qu'en dernier recours.

Cet auteur a été commenté par A Robertson <sup>320</sup>. Dans son commentaire, il constate que M Spence ne tient pas compte de la décision *Giumelli v Giumelli* <sup>321</sup> qui montre clairement que les juges de la Haute Cour de Justice n'adoptent pas le principe du *reliance interest* comme mesure de la réparation. Dans cette affaire, un appel est interjeté contre la décision de la Cour Suprême de l'Australie Occidentale qui octroie un trust (*constructive trust*) sur un terrain promis au défendeur. La Haute Cour casse la décision mais n'accepte pas le raisonnement du demandeur selon lequel la décision *Commonwealth v Verwayen* imposait de réduire au minimum la réparation. La Haute Cour estime qu'en raison des circonstances d'espèce une

<sup>318</sup> *Blazely v Whiley* (1995) 5 Tas R 254 (le demandeur obtient l'exécution forcée en nature d'un contrat de vente future) ; *W v G* (1996) 20 Fam LR 49 (le demandeur obtient des dommages et intérêts couvrant les besoins futurs pour l'éducation d'un enfant) ; *Giumelli v Giumelli* (1996) 17 WAR 159 (les promettants ont l'obligation de transférer le terrain promis au bénéficiaire de la promesse – en appel devant la Haute Cour de Justice, cf. note 282 infra.) ; *Forbes v Australian Yachting Federation Inc* (1996) 131 FLR 241 (l'auteur de la *representation* doit compenser les destinataires de la *representation* pour les dépenses engagées afin de remplacer les équipements promis) ; *Woodson (Sales) Pty Ltd v Woodson (Aust) Pty Ltd* (1997) 7 BPR 14,685 (Santow J proposa d'ordonner une injonction ayant pour effet de satisfaire le gain espéré par le bénéficiaire de la promesse consistant en la vente juste et équitable d'un trust immobilier).

<sup>319</sup> M Spence, 'Protecting Reliance: The emergent Doctrine of Equitable Estoppel' (1999) Oxford, Hart Publishing.

<sup>320</sup> A Robertson, 'Reliance, Conscience and the New Equitable Estoppel' Review Essay (2000) MULR 7.

<sup>321</sup> *Giumelli v Giumelli* (1999) 196 CLR 101.

réparation par équivalent est plus appropriée et ordonne d'en calculer le montant par référence à la valeur du terrain promis au défendeur. La Haute Cour substitue ainsi à une réparation en nature une réparation par équivalent représentant le profit escompté. A Robertson constate que la Cour s'éloigne de sa jurisprudence antérieure. Désormais, une personne qui invoque l'estoppel bénéficie d'une présomption selon laquelle elle a le droit d'obtenir le profit escompté.

La décision *Giumelli v Giumelli* conduit celui qui a longtemps défendu en Australie la conception délictuelle de l'*equitable estoppel* à conclure ainsi son commentaire de M Spence sur la réparation : « Il doit être concédé que la sanction consistant à octroyer le profit escompté va très certainement rester la norme dans les cas d'*equitable estoppel*, et donc ce dernier ne peut plus être distingué du contrat, ou de l'exécution forcée des contrats... »<sup>322</sup>. Ainsi, si les conditions de mise en œuvre de l'*equitable estoppel* s'apparentent à celles du délit, la sanction emprunte les traits de la responsabilité contractuelle.

## § 2. Le droit civil français

Il s'agit ici de reprendre les affaires précédemment étudiées et de montrer (approche descriptive) l'étendue de la réparation et donc l'étendue de la protection de la confiance.

On a vu qu'il existe deux grandes hypothèses dans la mise en œuvre de cette protection. La première consiste à obliger le débiteur à faire ce qu'il a promis (conclusion forcée, exécution forcée et maintien forcé). Il ne s'agit pas nécessairement de forcer un contrat, mais plutôt la volonté de celui qui se contredit. Ce qui peut conduire à la reconnaissance d'un quasi-contrat ou au maintien d'un contrat. La sanction est ici en nature. Dans la seconde série d'hypothèses, une partie doit indemniser une autre partie. La sanction consiste à octroyer des dommages et intérêts, et non à ordonner une exécution forcée en nature. Les dommages et intérêts ne sont pas en principe une équivalence du bénéfice qui aurait été retiré si le contrat avait été conclu ou maintenu. Ils permettent seulement de réparer un dommage causé. Dans les deux séries d'hypothèses, il est question d'une confiance trompée qui se manifeste par une croyance légitime abusée.

---

<sup>322</sup> A Robertson, 'Reliance, Conscience and the New Equitable Estoppel' Review Essay (2000) MULR 7.

Cette distinction dans la mise en œuvre de la protection (exécution forcée contre dommages et intérêts) tend à se prolonger au niveau de l'étendue de la réparation. Dans un cas, le profit escompté est protégé ; dans l'autre, seul le dommage est compensé.

#### A. L'octroi du profit escompté par l'exécution forcée en nature de la promesse

Il n'y a pas de difficulté ici. Une exécution forcée en nature protège toujours l'espérance du gain, l'attente, le profit escompté, puisqu'on donne à la partie ce qu'elle désirait. Le contexte est celui d'une relation fortement inégalitaire entre les parties. Il s'agit la plupart du temps d'une relation de professionnel à consommateur, ou une relation assimilée (par exemple la relation de travail qui met face à face deux « inégalités »).

Dans l'affaire de la loterie publicitaire, l'arrêt rendu en chambre mixte de la Cour de cassation du 6 septembre 2002, et confirmé par la première chambre civile de la même Cour en date du 18 mars 2003, dispose que « l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer ». L'entreprise doit délivrer le gain ou l'objet promis. L'attente du consommateur est complètement satisfaite. Cette solution met fin à une incertitude de la jurisprudence antérieure. Un temps, la Cour de cassation a hésité entre plusieurs fondements <sup>323</sup>. Le recours au contrat <sup>324</sup> était intéressant au niveau de la sanction, consistant à octroyer le profit escompté (protection de l'*expectation interest*), mais au prix d'une qualification dénaturée de la fermeté de la volonté du débiteur, au niveau de la formation. Sur ce dernier point, le recours au délit <sup>325</sup> permettait de sanctionner le comportement de l'entreprise sans déformer les catégories juridiques ; mais sur le plan de l'étendue de la protection, cette solution était moins avantageuse car le montant des dommages et intérêts était inférieur à la valeur du lot illusoire. Aujourd'hui, le gain promis est octroyé, sous la condition de l'absence d'aléa <sup>326</sup>.

Dans le cas de l'engagement unilatéral de volonté en matière sociale, i.e dans la relation employeur-salariés, la confiance est sauvegardée en interdisant à l'employeur de ne pas

<sup>323</sup> Cf. texte suivant la note 143.

<sup>324</sup> Par exemple, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 février 1998 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juin 2001.

<sup>325</sup> Par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mars 1988 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 juin 1995 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 26 octobre 2001.

<sup>326</sup> On pourrait inventer un nouvel adage : « L'aléa chasse la confiance », en référence à « l'aléa chasse la lésion ».

rompre son engagement de façon brusque. Les salariés croient légitimement, avant une dénonciation en bonne et due forme, qu'ils vont recevoir, par exemple, leur prime supplémentaire annuelle. L'employeur qui refuse de l'octroyer pourra être traduit devant les tribunaux et se voir contraint de donner ce qui avait été promis. L'espérance du gain est donc bien satisfaite. Ainsi, dans l'arrêt du 27 juin 2000 <sup>327</sup>, la Cour de cassation estime que, lorsqu'elle est payée en exécution d'un engagement unilatéral de l'employeur, une prime constitue un élément de salaire et est obligatoire pour l'employeur dans les conditions fixées par cet engagement. Le juge oblige ici l'employeur à verser la prime.

Lorsque la croyance légitime conduit au maintien d'un contrat dans des termes initiaux défavorables à une partie, l'espérance de gain de l'autre partie est de ce fait protégée. Par exemple, dans l'arrêt du 2 juin 1987 <sup>328</sup>, le consommateur qui achète un billet d'avion à moitié prix et qui réalise son voyage avant que le professionnel ne conteste devant les tribunaux le prix de vente du billet, n'a pas à payer la différence s'il a légitimement cru à la représentation du vendeur. En l'espèce, il ne s'agit pas réellement d'une espérance de gain dans le sens monétaire du terme, différence entre prix réel et prix annoncé, car si le consommateur pensait faire un gain en achetant le billet c'est qu'il connaissait le véritable prix du billet, sa croyance devenant alors illégitime. Les juges protègent plutôt une confiance ou une croyance en la représentation du vendeur. La protection du gain (*expectation interest*) n'est qu'une incidence du maintien de la représentation sur le fondement de la croyance légitime.

#### B. La compensation d'une perte par l'octroi de dommages et intérêts

La distinction entre la période pré-contractuelle et post-contractuelle, adoptée au niveau de la mise en œuvre de la protection, est ici reprise.

En matière de rupture des négociations, l'arrêt de principe est celui rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 26 novembre 2003 <sup>329</sup>. Sur la question du montant du préjudice réparable, la Haute Cour est limpide : « Mais attendu que les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers pré-contractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une

<sup>327</sup> Cf. Cass. soc. 27 juin 2000, Bull. 2000 V n° 246, *Défrenois* 2000. 1381, obs. D.Mazeaud.

<sup>328</sup> *Bull. Civ.*, I, n° 182.

<sup>329</sup> *Bull.* 2003 IV n° 186.

chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat ; Attendu que la cour d'appel a décidé à bon droit qu'en l'absence d'accord ferme et définitif, le préjudice subi par la société Alain Manoukian n'incluait que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles elle avait fait procéder et non les gains qu'elle pouvait, en cas de conclusion du contrat, espérer tirer de l'exploitation du fonds de commerce ni même la perte d'une chance d'obtenir ces gains ».

L'indemnisation du gain manqué et de la perte de chance est exclue. Autrement dit, l'*expectation interest* n'est pas couvert par les dommages et intérêts. En ne tenant pas compte du gain manqué, la Cour de cassation refuse d'imposer implicitement à l'auteur de la rupture la conclusion forcée du contrat projeté. L'autonomie de la volonté survit. L'exclusion de la perte de chance est un revirement de jurisprudence<sup>330</sup>. Les juges raisonnent en termes de lien de causalité : « ... les circonstances constitutives d'une faute dans l'exercice du droit de rupture (...) ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance (...) ». Deux observations peuvent être faites. D'abord, la Cour ne tient pas compte de la perte de la chance de conclure un contrat similaire avec un tiers. Ce dommage ne relève pas en principe de la catégorie du gain manqué (qui peut se décomposer lui même en deux sous-catégories : le profit escompté et la perte de chance). Il se rattache à la perte subie, celle d'avoir renoncé à un contrat similaire. Serait-il possible d'obtenir la compensation du contrat renoncé ? La question n'a pas été posée devant la Cour de cassation. Ensuite, est-il logique de fonder, d'un côté, la responsabilité de l'auteur de la rupture fautive sur l'attente légitime d'un gain et, de l'autre, de refuser la réparation de ce gain manqué ? On retrouve la divergence entre la fonction et la mesure de la réparation évoquée à propos du droit australien. Mais cette divergence est ici inversée. Alors que l'estoppel australien a pour fonction de réparer un dommage subi, le concept de confiance en droit français a pour objectif de sauvegarder une croyance légitime (qui se confond généralement avec l'espoir d'un gain). Alors que l'estoppel australien compense un dommage en octroyant le profit escompté, le principe de confiance en droit français protège la croyance en ne compensant que les pertes subies. En droit français, cette divergence s'explique sans doute en raison de la nature de la confiance. Il s'agit de deux professionnels qui agissent dans le cadre de leur activité. On est loin de la relation de dépendance évoquée plus haut où la réparation couvre le gain attendu. En l'espèce, l'attente

---

<sup>330</sup> F Terré, P Simler et Y Lequette, 'Les Obligations', (2002) 8<sup>e</sup> ed. Précis Dalloz, p 184 : « La victime pourra obtenir la réparation de son préjudice par l'allocation de dommages et intérêts qui compensent les pertes subies, c'est-à-dire les frais engagés ainsi que, éventuellement, la *perte de la chance* de conclure le contrat envisagé ».

n'est légitime que dans une certaine mesure. Et cette mesure s'apprécie en fonction des circonstances d'espèce. L'approche judiciaire est flexible<sup>331</sup>.

La Cour de cassation n'accepte que l'indemnisation des frais liés aux négociations engagées. Ce faisant, elle limite la protection de la confiance et de la croyance au *reliance interest*. Elle confirme la décision des juges du fond qui ont à bon droit décidé que le préjudice subi par la victime de la rupture « n'incluait que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables ». La Cour semble adopter une position de principe car elle ne se retranche pas simplement derrière une formule mettant en avant le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond mais prend le soin de détailler les frais en cause (frais résultant de la « négociation et les études préalables »).

En matière de rupture des contrats de distribution, les solutions tendent à être identiques : la perte subie est la mesure de la réparation. L'idée est que la rupture fautive du contrat, même partielle, ouvre au cocontractant victime un droit à réparation du préjudice qui en résulte pour lui. L'appréciation de ce préjudice relève des pouvoirs des juges du fond conformément au droit commun de la responsabilité. Du coup, la jurisprudence de la Cour de cassation est assez rare. Il est toutefois possible de rendre compte d'une certaine tendance en élargissant la recherche aux ruptures brusques qui ne reposent pas nécessairement sur la croyance légitime. Certes, la valeur des solutions présentées est limitée car il s'agit d'une transposition de jurisprudence. Mais il ne faut pas exagérer la différence qui peut exister entre une rupture qui est abusive pour une raison autre qu'une croyance légitime trompée et une rupture qui est abusive en raison de cette croyance trompée. En matière de « contrat-organisation » de distribution, la notion de confiance est toujours sous-jacente. Une rupture, lorsqu'elle est abusive, porte nécessairement atteinte à cette confiance, au moins en partie.

Dans la décision du 19 juillet 1971<sup>332</sup>, un fabricant de voiture Simca concède à un garagiste la vente des voitures de sa fabrication pour un périmètre délimité. Le contrat exclut la tacite reconduction mais impose à la partie qui ne désire pas signer un nouveau contrat d'en aviser l'autre trois mois avant le terme. Au terme du contrat, plus précisément la veille, le concédant écrit au concessionnaire qu'il ne signera pas le nouveau contrat. Le concessionnaire assigne alors le concédant en paiement de dommages et intérêts devant les tribunaux pour non-respect

---

<sup>331</sup> Cf. texte sur note 206.

<sup>332</sup> Bull. 1971, n° 219.

du délai de préavis stipulé dans le contrat et de la promesse de renouveler le contrat. La Cour d'appel évalue le préjudice à la perte d'une chance, celle d'avoir accepté le nouveau contrat et de rester concessionnaire Simca durant une nouvelle période. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel sur le fondement de l'article 1151 du Code civil qui dispose que, dans « le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ». La Cour de cassation estime que la Cour d'appel a violé cet article car elle a pris comme base d'évaluation un préjudice seulement éventuel. Ainsi, la perte de la chance de renouvellement du contrat constitue un préjudice qui n'est qu'éventuel<sup>333</sup> et ne peut donc pas faire l'objet d'une réparation.

Dans la décision du 11 juillet 1978<sup>334</sup>, la chambre commerciale de la Cour de cassation rappelle qu'il faut que soit précisé le lien de causalité entre la faute du concédant et la perte de recettes subie par la société concessionnaire. Comme pour la rupture des pourparlers, la Cour raisonne en terme de lien de causalité pour exclure l'octroi du profit escompté. Elle casse les juges du fond qui ne peuvent retenir comme élément du préjudice subi par le concessionnaire l'incidence du non-renouvellement du contrat consécutif à la limitation de sa zone d'activité, sans préciser le lien de causalité existant entre ce préjudice et la faute du concédant.

L'évaluation du préjudice constaté se fait en fonction de chaque espèce, au niveau des juges du fond. Généralement, lorsque le préavis n'a pas été respecté, les dommages et intérêts à fixer tiennent compte de la durée du préavis qui aurait dû être accordé et des conséquences dommageables résultant de l'absence de préavis<sup>335</sup>. Mais les dommages et intérêts ne tiennent pas compte des profits futurs résultant de la durée du contrat non renouvelé. Par contre, pendant la période couverte de préavis, les juges octroient le gain manqué et compensent la perte éprouvée<sup>336</sup>. Des décisions ont considéré qu'outre le préjudice matériel, notamment la

---

<sup>333</sup> Certes, il faut relativiser cette solution en raison de son contexte particulier puisque le concessionnaire avait conclu un accord de distribution avec la société Fiat le mois au delà duquel le préavis ne pouvait plus être envoyé. Ce faisant, il avait violé une clause du contrat de concession par laquelle il s'engageait à ne pas vendre d'autres voitures d'une marque différente. La violation de l'engagement d'approvisionnement exclusif du concessionnaire à l'égard de son concédant ne posait toutefois pas de problème pour les juges du fond car il arrivait, selon eux, que le concédant accepte une telle concession simultanée.

<sup>334</sup> Bull. 1978, n° 199. Cf. note 205.

<sup>335</sup> Versailles, 10 juin 1999.

<sup>336</sup> *Idem*.



perte du fonds de commerce <sup>337</sup>, il y avait lieu d'indemniser le préjudice moral subi par le concessionnaire du fait de l'atteinte causée à sa réputation commerciale <sup>338</sup>. La réparation des pertes subies ne se limite pas à l'indemnisation du délai de préavis mais peut inclure les dépenses spécifiquement engagées sur la foi que le contrat serait renouvelé. Par exemple, la réparation peut inclure l'existence d'investissements non encore amortis spécifiquement engagés pour satisfaire un besoin explicite du distributeur, le coût éventuel de restructuration ou de désinvestissement consécutif à la rupture, et la désorganisation de l'appareil productif du fournisseur <sup>339</sup>. Il y a lieu aussi de tenir compte, le cas échéant, des frais de formation professionnelle et d'impression de papier à en-tête qui n'avaient pu être amortis, de la revente à perte de pièces de rechange que le concessionnaire avait dû stocker pour se conformer au contrat <sup>340</sup>.

La recherche du *statu quo ante* (protection du *reliance interest*, compensation des pertes subies) par l'octroi de dommages et intérêts est une préoccupation du droit qui est confirmée par l'analyse des conséquences de l'extinction du contrat, et plus particulièrement de la reprise des stocks. En principe, lorsque le contrat ne prévoit rien, le distributeur conserve les stocks qu'il a acquis en pleine propriété <sup>341</sup>. Cependant, si le concédant a commis une faute en refusant le renouvellement ou en résiliant le contrat, la réparation qu'il doit au concessionnaire emporte reprise des stocks <sup>342</sup>. Et le concédant doit reprendre les stocks au prix auquel il les a vendus au concessionnaire et non au prix tel qu'il devait être calculé en fonction d'une clause prévue au contrat <sup>343</sup>. Par ailleurs, des décisions relèvent que, dans la commune intention des parties, les ventes par le concédant au concessionnaire de matériels destinés à entrer dans le stock de ce dernier se trouvent liées à l'existence et au maintien du contrat de concession exclusive pour la bonne exécution duquel elles interviennent ; ces ventes sont donc affectées d'une condition résolutoire qui implique l'obligation pour le concédant de reprendre le stock correspondant <sup>344</sup>. Ces solutions s'expliquent par la volonté de ne compenser qu'un préjudice qui ne se confond pas avec le profit perdu. Si les juges

---

<sup>337</sup> Cass. com., 17 juillet 2001.

<sup>338</sup> Paris, 17 novembre 1976 ; Paris, 11 juillet 1983 ; Paris, 16 mai 1984.

<sup>339</sup> Douai, 5 décembre 2002.

<sup>340</sup> Paris, 6 mars 1985.

<sup>341</sup> Cass. com., 8 mars 1967.

<sup>342</sup> Cass. com., 9 février 1966, Bull. civ. III p 3 ; Cass. com., 20 octobre 1982, Bull. Civ. IV p 275 ; Cass. com., 23 mai 2000.

<sup>343</sup> Cass. com., 23 juin 1992.

<sup>344</sup> Cass. com., 22 janvier 1969 ; Lyon, 27 janvier 1976 ; Paris, 15 juin 1982 ; Cass. com., 28 avril 1975, Bull. civ. IV p 94 ; Cass. com., 26 octobre 1982, Bull. civ. IV p 275, argument a contrario. Jurisprudences citées dans 'Mémento Pratique Francis Lefebvre – Contrats et droits de l'entreprise' 2004, p 531.

admettaient que le concessionnaire puisse garder les stocks ou les rétrocéder au concédant à un prix supérieur, cela reviendrait à lui octroyer une partie du gain attendu, à savoir le produit de la vente future.

La loi du 15 mai 2001 est intervenue en faveur du cocontractant victime d'une rupture abusive en consacrant les solutions jurisprudentielles dans l'article L.442-6 du Code de commerce par une disposition au terme de laquelle « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait (...) de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale (...) »<sup>345</sup>.

Il résulte de l'approche descriptive qu'en général le profit escompté est octroyé. Il existe bien sûr des exceptions, notamment en droit français où la croyance légitime dans les relations entre professionnels n'aboutit jamais à ce résultat. Les justifications positives et négatives de ces solutions peuvent apporter un éclairage intéressant pour la compréhension de ces dernières.

## **Chapitre 2. L'approche normative**<sup>346</sup>

L'étude du droit positif des différents pays étudiés révèle que le juge tend à octroyer le profit escompté à celui qui a eu confiance en une promesse. Cette solution ne fait pas l'unanimité. Le débat, sur un plan normatif, est uniquement alimenté par les auteurs de la common law. La question de l'étendue de la protection de la confiance, dans une perspective normative, n'a pas encore été posée en France. Par conséquent, il peut être utile de lire les arguments de chacun en ayant à l'esprit les solutions du droit civil. Ces arguments sont ici exposés. Mais, auparavant, il ne faut pas oublier que, si certains pensent que le *reliance interest* doit être la mesure de la réparation (Section 1) et si d'autres pensent que l'*expectation interest* doit être la

---

<sup>345</sup> Article L.442-6 I 5° du Code de commerce.

<sup>346</sup> On distingue ici l'approche normative de l'approche positive. Certes, le droit positif est un ensemble de normes ou propositions normatives. Dans le chapitre précédent, approche positive, il était question de présenter ou décrire le contenu normatif de ces propositions. Mais dans ce chapitre, il s'agit de formuler une argumentation au soutien d'une proposition normative. Ces propositions normatives ne sont pas du droit positif mais du droit prospectif. La différence est fondamentale. Dans l'approche positive, à la norme est attachée une sanction étatique. Dans ce second chapitre, l'énoncé normatif est dénué de toute sanction.

mesure de la réparation (Section 2), le juge, qui préfère l'*expectation interest*, peut avoir ses propres raisons. Ces raisons là nous sont inconnues.

Section 1. Le *reliance interest* doit être la mesure de la réparation

### § 1. J S Mill

Les auteurs qui soutiennent que l'existence du dommage doit constituer la mesure de la réparation se fondent tous, au moins implicitement, sur le principe de l'acte dommageable (*harm principle*) de J S Mill. L'idée est que l'exécution forcée du contrat *en soi* est contradictoire avec ce principe. Ce dernier postule qu'il est illégitime pour l'Etat d'interférer avec la liberté de l'individu à moins que cet individu ait causé un préjudice à autrui.

Dans son introduction à son ouvrage *Sur La Liberté*, J S Mill écrit : « la seule fin pour laquelle l'humanité peut interférer, individuellement ou collectivement, avec la liberté d'action de chacun est l'auto protection. Le seul objectif pour lequel le pouvoir peut être légitimement exercé sur n'importe quel membre d'une communauté civilisée, contre sa volonté, est d'empêcher le dommage causé à autrui. Son propre bien, qu'il soit physique ou moral, n'est pas une justification suffisante. Il ne peut pas être légitimement obligé de faire ou de s'abstenir parce qu'il serait mieux pour lui de faire ainsi, parce qu'il en serait plus heureux, parce que, selon l'opinion des autres, de faire ainsi serait sage, ou même juste »<sup>347</sup>.

Faire exécuter un contrat, sans avoir recours à d'autres justifications que la force obligatoire en soi du contrat, est contradictoire avec le principe de l'acte dommageable (*harm principle*) car un engagement contractuel est plus une obligation de bien faire envers autrui que de ne pas blesser autrui. Exécuter un engagement contractuel, c'est comme exécuter une obligation de donner à la charité. Tenir sa promesse, comme donner à la charité, est une vertu, mais pas une obligation. S'exécuter, c'est être moral. Ne pas s'exécuter ne doit pas entraîner une sanction légale, cette sanction ne peut être qu'éventuellement morale. En vertu du principe de J S Mill, l'Etat ne doit sanctionner la rupture de l'engagement contractuel que lorsque cette rupture coïncide avec la rupture de l'obligation non contractuelle de ne pas blesser autrui. Le

---

<sup>347</sup> J S Mill, 'On Liberty' (1859) 6th ed, 1996, Encyclopaedia Britannica, Inc, p 271.

droit privé ne doit être mis en œuvre que lorsqu'une personne blesse une autre personne <sup>348</sup>. Parfois, le droit fait exécuter une obligation de faire du bien à autrui. L'obligation de payer l'impôt est une obligation de faire du bien à autrui. Mais l'obligation est due à l'Etat, et non aux individus. C'est une obligation de droit public, pour laquelle d'autres considérations s'appliquent. Les obligations de droit privé de bénéficier à autrui sont rares, et ne sont que des exceptions au principe <sup>349</sup>.

Cette théorie est le fondement philosophique de l'argumentation des auteurs pour qui seul le dommage subi du fait de la rupture du contrat doit être la mesure de la réparation.

## § 2. L L Fuller

### A. La théorie générale

On a vu que l'apport de L L Fuller a consisté à décrire les trois intérêts pouvant être protégés par l'octroi de dommages et intérêts <sup>350</sup>. Mais son apport le plus fondamental se situe à un niveau normatif et théorique. Il remet en cause la règle classique et acquise selon laquelle la rupture d'un contrat autorise le créancier à réclamer en justice, à titre de sanction et de réparation, l'exécution forcée en nature ou par équivalent de ce contrat.

L L Fuller estime que la réparation qui octroie le profit escompté apparaît en soi bien étrange car elle donne au créancier quelque chose qu'il n'a jamais eu, et donc jamais perdu <sup>351</sup>. Si la rupture d'un contrat assorti d'un terme suspensif (*executory contract*) ne prive pas en tant que tel le créancier de quoi que ce soit, c'est parce qu'il n'avait rien à perdre à première vue. En d'autres termes, un contrat assorti d'un terme suspensif ne confère pas en soi au créancier quelque chose qui puisse faire l'objet d'une protection légale contre le débiteur. C'est là la prémisse sous-jacente de L L Fuller. Or, l'idée de compensation en droit privé suppose que le défendeur ait porté atteinte à quelque chose qui appartienne au demandeur de façon exclusive. Selon L L Perdue, les dommages et intérêts octroyant le profit escompté ne peuvent donc pas être une forme de compensation car le contrat n'est pas un moyen d'acquérir un tel droit.

---

<sup>348</sup> S A Smith, 'Towards a Theory of Contract', Oxford Essays in Jurisprudence 107 (Jeremy Horder, ed, 4<sup>th</sup> series 2000), p 110.

<sup>349</sup> S A Smith, 'The Reliance Interest in Contract Damages' and the Morality of Contract Law' (2001) Issues in Legal Scholarship, Symposium : Fuller and Perdue, Article 1, Bepress., p 10.

<sup>350</sup> Cf. note 213.

<sup>351</sup> L L Fuller et W Perdue, 'The Reliance Interest in Contract Damages' (1936) 46 Yale L.J. 52, p 53.

L L Perdue avance que le *reliance interest* mérite une plus grande protection que l'*expectation interest*. La perte subie doit être plus digne d'intérêt qu'un profit escompté déçu. Plus précisément, il estime que le droit doit chercher à protéger les trois intérêts mis en lumière, le *restitution*, *reliance* et *expectation interest*, dans un ordre décroissant : le *restitution interest* appelant la sanction la plus rigoureuse, et l'*expectation interest* la plus faible.

Le *restitution interest* appelle la sanction la plus rigoureuse car la protection de cet intérêt corrige à la fois l'enrichissement injuste de celui qui n'a pas exécuté le contrat et l'appauvrissement injuste de celui qui n'a pas rompu le contrat. La protection du *reliance interest* corrige aussi l'appauvrissement injuste de celui qui n'est pas en faute, mais (dans la mesure où le *reliance interest* excède le *restitution interest*) elle ne reverse pas le gain correspondant de celui qui ne s'exécute pas. Ainsi, selon L L Fuller qui reprend les idées d'Aristote, si l'on conçoit l'objectif de la justice comme le maintien d'un équilibre des biens parmi les membres de la société, le *restitution interest* présente deux fois plus d'intérêt pour l'intervention du juge que le *reliance interest*. Si A non seulement fait perdre à B une unité (il lui cause un dommage) et s'il s'approprie en plus cette unité, la différence qui en résulte entre A et B n'est pas une unité mais deux <sup>352</sup>. En termes plus contemporains, si A cause un dommage à B et s'il reçoit en plus de B une prestation, nous sommes dans le cas d'une atteinte au *restitution interest*. Cette atteinte est plus grave, au regard de la notion de justice corrective, que si A cause uniquement un dommage à B sans qu'il en retire aucun avantage ; c'est alors une atteinte au *reliance interest* de B.

A l'opposé, le créancier qui a déjà agi sur la foi de la promesse à son détriment, même s'il n'a pas enrichi le débiteur, présente très certainement un intérêt plus pressant qui appelle une protection plus grande que le créancier qui demande satisfaction de son désappointement pour n'avoir pas obtenu ce qu'il attendait. Ainsi, l'*expectation interest* appelle une protection moins grande que le *restitution* ou le *reliance interest*.

Selon L L Fuller, en passant de la compensation pour un changement de position à une compensation pour une non-réalisation du profit escompté, on passe, pour reprendre les

---

<sup>352</sup> Idem, p 56. L L Fuller et W Perdue citent Aristote, 'Ethique à Nicomaque', 1132a-1132b.

termes d'Aristote, du domaine de la justice corrective à celui de la justice distributive. Le droit ne cherche plus à réparer un statu quo endommagé, mais s'efforce de créer une nouvelle situation. Il cesse d'agir défensivement ou de restaurer une situation et assume un rôle plus actif. Avec cette transition, la justification de la réparation juridique y perd. De ce fait, il n'est pas simple d'expliquer pourquoi la règle normale de la réparation contractuelle devrait être celle qui mesure les dommages et intérêts par la valeur de l'engagement promis <sup>353</sup>.

L L Fuller et W Perdue tentent d'expliquer, afin de mieux faire avancer leur propre thèse, pourquoi l'*expectation interest* devrait commander en principe l'étendue de la réparation. La première explication est « psychologique »<sup>354</sup>. La rupture d'un contrat suscite chez le créancier une espèce d'injustice. Ce sentiment n'est pas limité aux cas où le créancier a déjà agit sur la foi de l'engagement d'autrui. Qu'il ait changé sa position ou non importe peu car le créancier a cru qu'il aurait l'objet promis, le profit escompté. La rupture l'amène à se dire qu'il a été privé de quelque chose qui lui appartenait. Comme ce sentiment est assez unique et indélébile, le droit ne peut pas revenir dessus. Il construit donc le régime de la réparation autour de cet élément. Mais L L Fuller n'est pas satisfait par cette explication car le droit ne tient pas toujours compte de ce sentiment d'injustice résultant de la rupture d'une promesse. Chaque système juridique pose certaines conditions afin qu'une promesse devienne obligatoire. Le sentiment d'injustice n'est pas toujours pris en compte ; la promesse de l'alcoolique qui affirme qu'il ne boira plus n'est pas obligatoire ; la femme qui attrape son mari en train de déguster goulûment du vin peut être déçue mais ne pourra pas demander au juge des dommages et intérêts. Le sentiment d'injustice n'est donc pas une explication suffisante.

La deuxième explication s'appuie sur la théorie de la volonté <sup>355</sup>. Cette théorie, selon L L Perdue, envisage les parties à un contrat comme exerçant un pouvoir d'ordre « législatif ». Ainsi, l'exécution forcée judiciaire d'un contrat devient simplement l'exécution par l'Etat d'une espèce de loi privée déjà « votée » par les parties. Le profit escompté doit être octroyé car c'est ce qui a été voulu par les parties. Mais cette théorie n'explique pas les cas où le profit est octroyé alors que rien n'avait été prévu par les parties. Le contrat est un peu comme

---

<sup>353</sup> Idem, p 56-7.

<sup>354</sup> Idem, p 57-8.

<sup>355</sup> Idem, p 58.

une loi imparfaite qui ne prévoit pas de sanctions et qui laisse le soin au juge de trouver les solutions qui servent ses objectifs.

La troisième solution, plus prometteuse, adopte un point de vue économique ou institutionnel<sup>356</sup>. L'essence d'une économie de crédit repose sur le fait qu'elle tend à éliminer la distinction entre un bien présent et un bien futur (promis). Le profit escompté d'une valeur future devient, pour les besoins du commerce, une valeur présente. Dans une société où le crédit joue un rôle institutionnel de premier plan, il est inévitable que le profit escompté (*expectation*) suscité par le contrat soit regardé comme une espèce de propriété et que la rupture du contrat soit regardée comme une atteinte à cette propriété. L L Fuller soulève toutefois une objection : pourquoi le contrat a une valeur présente ? Car le droit lui confère force obligatoire. Le profit escompté (« *the expectancy* ») n'est donc pas la cause de l'intervention judiciaire, mais sa conséquence. Un élément ne peut pas être à la fois la cause et la conséquence d'un même phénomène.

La quatrième explication renverse la perspective précédente où le droit n'est pas la créature des institutions sociales mais en est le créateur. Cette explication, que L L Fuller appelle *juristic*<sup>357</sup>, recherche la justification de la règle de l'octroi du profit escompté dans certaines politiques consciemment poursuivies par les juges. Les juges protègent l'*expectation interest* car ils estiment cela utile ou sage. La première raison est que les juges octroient le profit escompté afin d'être sûr que les dépenses engagées ou la perte subie soient réellement remboursées. Dans la mesure où le *reliance interest* comprend les opportunités abandonnées pour conclure un contrat en particulier, cette explication n'est pas trop extravagante.

La seconde raison, plus positive, est que l'« *expectation rule* » est une politique qui sert à promouvoir et à faciliter la confiance dans les transactions commerciales. Comme pour la réglementation des feux rouges en ville, on veut éviter les collisions (première raison) mais aussi rendre la circulation plus fluide. Lorsque les accords commerciaux sont conclus et qu'ils suscitent suffisamment de confiance chez les partenaires pour les pousser à conclure d'autres accords avec d'autres partenaires dans l'anticipation d'un profit futur, la division du travail est facilitée, les biens trouvent leur voie vers les lieux où ils sont le plus demandés et l'économie est, de façon plus générale, stimulée. Ce schéma pourrait être remis en cause par la

---

<sup>356</sup> Idem, p 59.

<sup>357</sup> Idem, p 60.

compensation des seules pertes subies en cas de rupture du contrat. La difficulté de prouver le dommage exact conduirait le commerçant à attendre la prestation, à moins avoir confiance. Afin d'encourager la confiance, L L Fuller estime qu'il faut dispenser le commerçant d'avoir à prouver son dommage.

L'objection de L L Fuller à ce niveau (faciliter les transactions commerciales) est en réalité un constat. Il écrit que la règle de l'octroi du profit escompté par des dommages et intérêts est fréquemment appliquée pour des promesses qui n'ont aucun lien avec l'institution du crédit, la division du travail ou l'organisation de l'activité économique. Il cite les propos du rapporteur Williston lors du premier *Restatement of Contract* sur la section 90 pour qui le *promissory estoppel* donne lieu à une réparation couvrant le profit escompté<sup>358</sup>. Rien que la promesse mais toute la promesse.

#### B. L'application à l'estoppel

L L Fuller décrit la section 90 comme englobant les cas où une promesse est faite sans argent reçu ou promis en retour et qui est rendue exécutoire parce que le destinataire de la promesse a agit sur la foi de cette dernière. Il reconnaît que l'explication économique et *juristic* de l'octroi du profit escompté en cas de rupture du contrat n'a pas d'application en matière d'estoppel. L'idée que l'*expectation interest* est un substitut du *reliance interest* en raison de la difficulté à prouver la *reliance* ne peut guère s'appliquer dans des cas où l'on insiste sur la preuve de la *reliance*. De plus, l'explication qui postule que le profit escompté est octroyé afin de compenser le fait d'avoir dû abandonner une opportunité de conclure un contrat similaire est là aussi sans application, notamment parce qu'il n'y a pas de contrat du tout. Enfin, la politique visant à faciliter la confiance ne peut pas être étendue à toutes les promesses sans discrimination. Il faut que la confiance ait un rôle à jouer. Lorsqu'il s'agit d'échanges ou de marchés, il est facile de discerner cette utilité puisque de telles transactions constituent les voies essentielles par lesquelles la production est organisée dans une société capitaliste. L L Fuller ne voit pas où serait l'utilité d'octroyer le profit escompté dans les affaires tombant sous le coup de la section 90, puisqu'il n'est pas question d'échange<sup>359</sup>.

---

<sup>358</sup> En 1936, lorsque L L Fuller et W Perdue écrivent leur article, l'estoppel est encore limité dans son champ d'application à des cas précis comme les donations aux œuvres caritatives. Ce n'est qu'à partir des années 50 que l'on commence à voir les juges appliquer la théorie en matière commerciale.

<sup>359</sup> L L Fuller et W Perdue, 'The Reliance Interest in Contract Damages' (1936) 46 Yale L.J. 52, p 65.



Il serait logique pour L L Fuller de ne pas protéger l'*expectation interest* mais le *reliance interest* dès lors que l'on s'éloigne du système étudié, qui justifie l'octroi du profit escompté (l'institution du crédit, la division du travail, l'organisation de l'activité économique). Et cela pour deux raisons : 1) plus un contrat est éloigné du système, plus il est difficile de mesurer la valeur du gain espéré, 2) plus un contrat est éloigné du système, moins sont importantes les incitations pour le juge à octroyer le profit escompté, moins sont pressantes les politiques juridiques qui justifient l'octroi du profit escompté dans les accords commerciaux normaux<sup>360</sup>.

### § 3. Atiyah

Le travail de P S Atiyah<sup>361</sup> concerne plus la question de savoir quel type de contrat doit être obligatoire que la question de la réparation possible lorsqu'un contrat est rompu. Mais il est vrai que les deux questions se rejoignent dans une hypothèse centrale chez P S Atiyah : un contrat à exécution successive qui n'a pas encore été exécuté de la part des deux parties (*fully executory promise not yet relied upon*). Si les dommages et intérêts couvrant le *reliance interest* sont la seule voie de la réparation en cas de rupture, un contrat qui n'a pas été exécuté ou qui n'a pas encore incité les parties à engager des dépenses sur la foi que le contrat serait exécuté peut être rompu sans aucune sanction ; ainsi le contrat n'est pas obligatoire, il ne peut pas recevoir d'exécution forcée puisque aucune dépense n'a été engagée. Mais si les dommages et intérêts couvrant l'*expectation interest* sont la sanction appropriée, le débiteur ne peut pas rompre le contrat sans payer la valeur que l'exécution de son obligation aurait introduite dans le patrimoine du créancier ; ainsi le contrat est effectivement obligatoire car le créancier n'a pas obtenu ce qu'il espérait. Lorsque P S Atiyah se demande si un contrat, qui ne change en rien la position des parties, doit quand même être obligatoire, il pose aussi la question de l'étendue de la réparation appropriée.

Sa réponse est identique à celle de L L Fuller puisqu'il considère que le dommage résultant de la confiance placée dans le contrat (*reliance loss*) justifie de façon plus évidente et pressante une réparation qu'une attente déçue. Mais pour P S Atiyah, contrairement à L L Fuller, ce n'est pas l'idée aristotélicienne de justice corrective qui fonde cette évidence mais son analyse

---

<sup>360</sup> Idem, p 65-6.

<sup>361</sup> Cette présentation résumée du travail de P S Atiyah est tirée de l'article de R Craswell, 'Against Fuller and Perdue' (nov. 1999) J M Olin Program in Law and Economics, Stanford. Working Paper No. 183. [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=184951](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=184951)

du marché et de l'individualisme. Une responsabilité fondée sur l'autonomie de la volonté (*promise-based liability*) implique « une croyance en les valeurs libérales traditionnelles du libre choix. Beaucoup admirent ces valeurs, mais elles amènent avec elles, inexorablement, bien d'autres conséquences qui sont aujourd'hui moins admirées, spécialement en Angleterre. Elles conduisent, en particulier, à reconnaître que certains individus sont mieux équipés pour exercer leur libre arbitre que d'autres, à travers l'aptitude naturelle, l'éducation ou la richesse. Plus le domaine du libre choix est grand, plus forte est la tendance pour ces inégalités originelles à se perpétuer en maintenant ou en augmentant ces inégalités<sup>362</sup> ».

Cette analyse implique que les dommages et intérêts ont des effets redistributeurs. Les dommages et intérêts couvrant le profit escompté (*expectation interest*) donnent à la partie qui n'est pas en faute d'inexécution le profit qui aurait été réalisé ; ils n'ont pas pour objectif de mettre la partie dans la situation où elle aurait été si le contrat n'avait pas été conclu. Or (c'est la prémisse du raisonnement), le profit est une source d'inégalité, puisqu'il tend à se concentrer autour de ceux qui sont déjà puissants et riches. Il en résulte donc (si la prémisse est acceptée<sup>363</sup>) que les dommages et intérêts couvrant le profit escompté ne peuvent qu'aggraver ces inégalités en permettant aux puissants de collecter leurs profits même lorsque le débiteur n'a pas pu s'exécuter. Un auteur a constaté que la plupart du temps, c'est la partie forte qui, dans notre société, cherche à utiliser le pouvoir d'Etat pour obtenir cet avantage ou surplus (le profit couvert par les dommages et intérêts) négocié de façon privée<sup>364</sup>.

Afin de protéger le plus faible, P S Atiyah propose ainsi comme alternative, dans la lignée de L L Fuller et W Perdue, de mesurer l'étendue de la réparation par les notions de *restitution* et de *reliance*. La *restitution* est moins liée aux concepts libéraux du dix-neuvième siècle car lorsque la responsabilité est fondée sur la notion de bénéfice, ou avantage, injustifié, le droit s'efforce d'établir un équilibre raisonnable, une réciprocité d'avantages. La *reliance* est encore plus hostile aux valeurs du libre choix. Dès lors que la responsabilité d'une personne est établie sur le fondement qu'un tiers a placé dans cette personne sa confiance (*trust* ou *reliance*), même s'il n'y a aucune promesse ou accord pour supporter cette responsabilité, la porte est ouverte pour une espèce de responsabilité qui ne dépend pas de la croyance en l'autonomie de l'individu et à son libre choix. Non seulement la partie en qui le tiers a placé

<sup>362</sup> P S Atiyah, 'The Rise and Fall of Freedom of Contract 6' (Oxford : Clarendon Press, 1979).

<sup>363</sup> Pour une critique de l'argumentation, cf. R Craswell, 'Against Fuller and Perdue', supra, p 28.

<sup>364</sup> M Pettit, 'Private Advantage and Public Power : Reexamining the Expectation and Reliance interest in Contract Damages' (1987) 38 Hastings LJ 417, p 427.

sa confiance est responsable sans aucun engagement de sa part, mais en plus, ce tiers est soulagé des conséquences de ses propres actions (par exemple, les pertes subies résultant d'une confiance mal placée). Les valeurs en jeu dans ce type d'engagement sont donc étroitement associées à une philosophie sociale paternaliste et à un système économique redistributif<sup>365</sup>.

Si la question, à l'origine, est pour P S Atiyah celle de savoir quel contrat, ou promesse, mérite d'être marqué du sceau de la force obligatoire, l'estoppel n'est jamais très loin. P S Atiyah considère que l'estoppel vise principalement à obtenir en justice l'exécution des promesses non causées. Alors que la doctrine dominante affirme que l'exécution d'un acte, sur la foi d'une promesse, qui n'est pas demandé par l'auteur de cette promesse ne constitue pas une *consideration* valable, P S Atiyah estime au contraire qu'un tel acte, lorsqu'il est préjudiciable pour le destinataire de la promesse (on retrouve le critère du *detrimental reliance*), constitue une *consideration* valable. Selon lui, la frontière entre l'acte exécuté sur l'initiative du créancier et l'acte exécuté à la demande du débiteur qui promet quelque chose en retour est en réalité bien artificielle. Dans tous les cas, elle n'est pas nécessaire<sup>366</sup>. En vérité, il souhaite une expansion du champ d'application du contrat afin d'englober les affaires décidées sur la base de l'estoppel<sup>367</sup>.

La *reliance* doit donc devenir (approche normative, et non descriptive) un élément du fondement de la force obligatoire commun aux deux hypothèses (contrat classique et estoppel) et la mesure de la réparation pour les raisons philosophiques et politiques expliquées plus haut.

Section 2. *L'expectation interest* doit être la mesure de la réparation

§ 1. Contre Cajetan : l'Ecole du Droit Naturel

---

<sup>365</sup> P S Atiyah, 'The Rise and Fall...', supra, p 6-7.

<sup>366</sup> P S Atiyah, 'Consideration : A Restatement' Essays On Contract, supra, p 238.

<sup>367</sup> P S Atiyah, 'An Introduction to the Law of Contract' (5th ed, 1995), p 137.

Le problème de savoir si la sanction d'une inexécution de la promesse doit (approche normative) couvrir la perte subie ou le gain escompté n'est pas nouvelle. J Gordley <sup>368</sup> a montré que le débat s'est présenté dans les mêmes termes dès le seizième siècle. Un argument similaire à celui de L L Fuller et W Perdue fut proposé, et rejeté par la « doctrine » dominante d'alors. Le débat et les réponses apportées ont leur place ici aujourd'hui sur le terrain normatif.

Le théologien et philosophe Tommaso di Vio, plus connu sous le nom de Cajetan <sup>369</sup>, commenta le concept de justice commutative introduit par Aristote et développé par Thomas D'Aquin au treizième siècle. La justice *distributive* doit s'assurer que chaque citoyen détient une juste part des ressources, comme la richesse ou les honneurs, en fonction de qualités propres, comme la compétence ou le prestige personnel, qui sont, elles, nécessairement et naturellement inégales (il s'agit d'une égalité *géométrique* <sup>370</sup>) ; la justice *distributive* préserve la part de chacun. Dans une transaction involontaire où une partie ampute à son profit la part d'un tiers contre sa volonté, la justice *commutative* oblige à restituer cette part ou un équivalent. Dans les transactions volontaires où les parties consentent à s'échanger les ressources, la justice *commutative* impose d'échanger des ressources de valeur égale afin que la part de chacun reste la même <sup>371</sup> (c'est l'égalité *arithmétique*). Thomas d'Aquin remarque que tous les transferts volontaires des ressources ne relèvent pas nécessairement de la justice commutative. Certains, comme les cadeaux, appartiennent à une vertu différente : la libéralité.

Cajetan a posé la question de savoir si en principe la personne à qui a été promis un cadeau peut, en toute justice, demander que la promesse soit tenue. Il est certain que le promettant qui ne tient pas sa promesse se comporte mal. Mais faire un cadeau relève de la vertu libérale (la libéralité) et non de la justice commutative. L'objectif de cette justice est de préserver la part de chacun dans les ressources. En refusant d'exécuter sa promesse de don, le promettant ne

---

<sup>368</sup> J Gordley, 'Contract Law in the Aristotelian Tradition', in P Benson, ed, *The Theory of Contract Law New Essays* 265 (2001) ; J Gordley, 'A Perennial Misstep : From Cajetan to Fuller and Perdue to "Efficient Breach"', (2001) *Issues in Legal Scholarship, Symposium : Fuller and Perdue*, Article 4, Bepress.

<sup>369</sup> Tommaso De Vio, Cajetan (1468-9 ? – 1534 ?), représentant majeur de l'école de Saint Thomas D'Aquin (thomisme). Parmi ses œuvres, on trouve notamment l'investigation du procès contre Martin Luther et la rédaction de la bulle papale *Exsurge Domine* le condamnant (1520). Il commenta le Somme Théologique qui est principalement une réponse au Scotisme, et à leur panthéisme. Il écrivit aussi de nombreuses lignes sur les travaux d'Aristote.

<sup>370</sup> M Villey, 'Philosophie du droit' (réed 2001, Dalloz), p 58-61.

<sup>371</sup> « Le contrat n'est pas défini par la rencontre des volontés de deux contractants, qu'une loi morale obligerait à tenir leurs promesses, c'est une opération d'échange, synallagmatique, où doit être surtout sauvegardée l'équivalence des prestations » M Villey, supra, p 61.

cause pas un préjudice, i.e il n'ampute pas une part du bénéficiaire. Ce dernier reste dans la même situation que si la promesse n'avait pas été faite. Cajetan en déduit que le bénéficiaire ne peut pas se plaindre et reprocher le comportement injuste du promettant. Il ne pourrait revendiquer un droit à réparation que s'il se retrouvait dans une situation dégradée suite à une confiance mal placée dans la promesse<sup>372</sup>. L'argumentaire de L L Fuller et W Perdue s'inscrit directement dans cette tradition qui commence avec Aristote, qui se poursuit avec Thomas D'Aquin et qui se prolonge avec Cajetan. D'ailleurs, L L Fuller et W Perdue citent explicitement leur source lorsqu'ils suggèrent qu'en passant de la compensation pour un changement de position à une compensation pour une non-réalisation du profit escompté on passe du domaine de la justice corrective à celui de la justice distributive. Ils discutaient alors du contrat classique. Cajetan discute de la libéralité. Ce faisant, son propos est plus proche de la problématique de l'estoppel puisque cette forme tient plus du contrat à titre gratuit que du contrat à titre onéreux.

Cajetan écrivit au début d'une ère où la pensée juridique était dominée par l'Ecole du Droit Naturel<sup>373</sup>. Les représentants majeurs<sup>374</sup> de cette pensée n'étaient pas d'accord avec Cajetan<sup>375</sup>. Molina remarqua que le donateur violerait la justice commutative s'il reprenait le cadeau après l'avoir livré au donataire. Il ajouta que le donateur, s'il le veut, pourrait transférer au donataire un droit sur le bien dès la réalisation de la promesse et non au moment de la livraison. Lessius reconnut que toute la question tournait autour de l'intention des parties. Il estimait que promettre ne consiste pas seulement à affirmer que l'on va donner ou faire quelque chose, mais au delà, il s'agit de s'obliger à l'égard de quelqu'un et par conséquent d'octroyer à cette personne un droit d'exiger la chose promise. Ainsi toutes promesses confèrent un droit en soi. Cajetan affirmait que la promesse *en soi* ne confère aucun droit au profit du donataire. L L Fuller et W Perdue ont plus tard fait la même remarque lorsqu'ils disent que les dommages et intérêts couvrant l'*expectation interest* compensent le demandeur en lui donnant quelque chose qu'il n'a jamais eu. Ils concluent avec Cajetan que seule la réparation d'un préjudice justifie l'intervention du droit.

---

<sup>372</sup> Cajetan, 'Commentaria to Thomas Aquinas, Summa theologica II-II, Q.88, a. 1 ; Q. 113, a.1 (1698) ; cité par J Gordley, 'A Perennial Misstep, ...' supra, p 4.

<sup>373</sup> Pour une présentation : M Villey, supra, p 243-271.

<sup>374</sup> Domingo de Soto (1494-1560), Luis de Molina (1535-1600), Leonard Lessius (1554-1623), tous viennent de l'Ecole espagnol ; au dix-septième siècle, les auteurs du nord de l'Europe reprirent leurs idées et les répandirent dans toute l'Europe : ces auteurs sont, notamment, Hugo Grotius (1583-1645) et Samuel Pufendorf (1632-1694).

<sup>375</sup> J Gordley considère que si la thèse de Cajetan avait été adoptée, le modèle contractuel américain fondé sur la *reliance (promissory estoppel)* aurait pu être adopté en Europe continentale dès le seizième siècle. J Gordley, 'Contract Law in the Aristotelian Tradition', supra, p 327.

Des auteurs contemporains ont repris les arguments de Molina et Lessius<sup>376</sup>. Le donataire, ou le créancier (bénéficiaire de la promesse, i.e *promisee*) a un droit actuel à l'exécution de la promesse. Pourquoi ? Molina et Lessius invoquaient l'intention de celui qui s'engage. La question a déjà été posée par L L Fuller et W Perdue, à laquelle ils se sont efforcés de répondre. S Smith considère que la pratique consistant à prendre des engagements volontaires est une chose précieuse et que cette pratique ne pourrait pas perdurer s'il était acquis que les promesses peuvent être parfois rompues. C'est pour protéger cette institution que le donataire ou le créancier a un droit à l'exécution de la chose promise. La vision est utilitaire : promettre est précieux car c'est un moyen qui aide à atteindre des buts qui ne pourraient pas être atteints sans cette institution. Les promesses (ou contrats) permettent de devenir plus heureux, plus riche, elles réalisent mieux nos préférences<sup>377</sup>. Mais cette explication suppose qu'une promesse perde de sa valeur si son bénéficiaire n'a pas un droit actuel. J Gordley estime qu'il est difficile de dire qu'une relation commerciale puisse perdre de sa valeur si le créancier n'est compensé qu'à hauteur des pertes subies. M A Eisenberg observe lui aussi, dans la sphère familiale, qu'une promesse de don ne peut pas faire l'objet d'un droit à proprement parler. La reconnaissance d'un droit serait incompatible avec la relation d'amour et de confiance qui pousse le promettant à promettre<sup>378</sup>. La promesse non protégée par une règle juridique extérieure ne perd bien sûr pas de sa valeur.

J Gordley préfère décaler légèrement la question. Au lieu de se demander pourquoi, *dans tous les cas*, le créancier devrait avoir un droit acquis à l'exécution, il estime préférable de se demander pourquoi, *parfois*, il voudrait un tel droit et pourquoi le débiteur pourrait vouloir le lui conférer. S'ils ont une raison suffisamment respectable au regard du droit, alors, dans ces hypothèses, un tel droit existe<sup>379</sup>. L'auteur reconnaît que la question devient du coup plus mystérieuse car les raisons invoquées peuvent être nombreuses.

---

<sup>376</sup> Daniel Friedmann, 'The Performance Interest in Contract Damages', (1995) 111 L.Q. Rev. 628 ; Peter Benson, 'The Unity of Contract Law', (2001) in Benson, Theory of Contract Law 118, 127 ; Peter Benson, 'Contract' (1996) in D. Patterson, ed., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* 24, 42 ; Randy E. Barnett, 'A Consent Theory of Contract', (1886) 86 Colum. L. Rev. 269, 304 ; Stephen Smith, 'Towards a Theory of Contract', (2000) in Jeremy Horder, ed., Oxford Essays in Jurisprudence Fourth Series 107, 126. Ces sources sont citées par J Gordley, 'A Perennial Misstep, ...' supra, p 6.

<sup>377</sup> Stephen Smith, 'Towards a Theory of Contract', (2000) in Jeremy Horder, ed., Oxford Essays in Jurisprudence Fourth Series 107, p 126.

<sup>378</sup> M A Eisenberg, 'The Theory of Contracts', (2001) in Benson, Theory of Contract Law 206, p 230.

<sup>379</sup> J Gordley, 'Contract Law in the Aristotelian Tradition', (2001) in P Benson, ed, The Theory of Contract Law New Essays 265, p 330.

Dans les cas de libéralité, il identifie trois types de raison justifiante. D’abord, le promettant peut raisonnablement penser que sa présente décision de donner est susceptible d’être meilleure que sa décision future de ne pas donner. Cette première décision est prudente, tandis que la seconde reflète une certaine forme d’avarice. Ensuite, il peut estimer que conférer ce droit au donataire est plus cohérent avec le type de relation qu’il souhaite entretenir avec ce dernier. M A Eisenberg pense le contraire. Enfin, le donateur sait que le donataire ne pense pas qu’il va réellement lui donner le bien promis, il souhaite alors le rassurer et lui conférer un droit acquis.

Dans les cas d’échange, le bénéficiaire de la promesse (créancier) peut vouloir ce droit acquis et immédiat à l’exécution afin de verrouiller une transaction intéressante (*lock in a favorable bargain*). Il craint que l’autre partie ne revienne sur son engagement. S’il doit construire quelque chose, il peut en augmenter le prix de vente ; s’il doit vendre quelque chose, il peut vouloir le garder pour lui ou le vendre à un tiers. Le créancier peut demander au débiteur d’abandonner son pouvoir de faire ainsi en lui proposant d’acheter cet abandon ou en abandonnant lui-même son propre pouvoir d’en faire autant.

Selon J Gordley, ces considérations expliquent pourquoi le promettant peut vouloir conférer gratuitement un droit à autrui et pourquoi cela le conduit alors à exécuter complètement sa promesse. En matière d’échange, la raison invoquée autorise le créancier à exiger soit l’exécution en nature si le bien promis est unique, soit l’exécution forcée par équivalent si le bien promis est un bien fongible. Dans tous les cas, l’*expectation interest* doit être la mesure de la réparation. Le critère fondamental reste, comme pour les docteurs scolastiques, la qualité de la promesse et de l’intention.

On retrouve l’importance de la promesse dans l’estoppel, au moins en droit américain. Comme l’a montré l’étude de R A Hillman <sup>380</sup>, la promesse et la *reliance* sont les deux éléments cruciaux pour obtenir le profit escompté dans les hypothèses où le *promissory estoppel* est invoqué devant le juge.

## § 2. C Fried : la théorie libérale

---

<sup>380</sup> R A Hillman, ‘Questioning the “New consensus” on promissory estoppel : an empirical and theoretical study’, (1998) 98 *Columb. LR* 580.

C Fried <sup>381</sup> répond à la théorie de l'acte dommageable de J S Mill (le *reliance interest*, ou le dommage, doit être la mesure de la réparation). Il affirme que si une personne fait une promesse à autrui, cette personne doit tenir sa promesse. Il est juste d'exiger l'équivalent de la chose promise. Formulé en termes contractuels, l'*expectation interest* doit être la mesure des dommages et intérêts pour rupture. Dans la mesure où le contrat est fondé sur la promesse, il est normal de mesurer la réparation en fonction du gain espéré, c'est-à-dire par la promesse elle-même<sup>382</sup>. Pourquoi ? Discuter la question de la réparation revient nécessairement à s'interroger sur le fondement de l'obligation réparée <sup>383</sup>.

C Fried pose une question préalable : est-ce que l'exécution forcée d'une promesse est compatible avec la distinction libérale classique entre le *bien et le droit* ? C'est bien de tenir ses promesses (comme par exemple donner aux pauvres), mais pourquoi est-ce obligatoire ? Pourquoi le créancier a-t-il un droit à l'exécution forcée ? La réponse qu'il propose est la suivante : il existe une convention qui définit la pratique de promettre et ses conséquences ; cette convention est un moyen par lequel une personne peut susciter des attentes chez autrui ; en vertu du principe kantien fondamental de confiance et de respect, il est préjudiciable (*wrong*) d'invoquer cette convention pour faire une promesse, puis ensuite de la rompre <sup>384</sup>. Son explication contient trois propositions. La première est qu'il existe une convention qui définit comment promettre doit être compris. La seconde est que le résultat de la promesse est de créer des attentes (*expectations*) chez autrui. La troisième proposition est implicite, *parce que* des attentes sont créées par celui qui promet, il est préjudiciable (signifiant ici la rupture d'une obligation légale) de rompre cette promesse <sup>385</sup>. On ne s'intéresse ici qu'à la deuxième proposition qui est le plus en rapport avec le sujet (l'*expectation interest* doit-il être la mesure de la réparation ?).

Quelles sont ces attentes auxquelles se réfère C Fried ? D'après S A Smith, les attentes de C Fried sont des croyances en certains effets moraux produits par celui qui promet. La promesse

---

<sup>381</sup> C Fried, 'Contract as Promise : A Theory of Contractual Obligation' (1981) Cambridge, MA: Harvard University Press, p 7-8.

<sup>382</sup> *Idem*, p 17-18.

<sup>383</sup> Tout au moins dans la conception common law de la responsabilité depuis L L Fuller et W Perdue. Les règles sur la réparation s'intègrent dans le cadre du contrat lui-même. La fonction des unes sont les mêmes que la fonction du contrat en général. Les raisons d'être se confondent.

<sup>384</sup> *Idem*, p 17.

<sup>385</sup> Il ne s'agit pas ici d'une lecture directe de C Fried, mais d'une présentation de S A Smith, dans <sup>385</sup> Stephen Smith, 'Towards a Theory of Contract', (2000) in Jeremy Horder, ed., Oxford Essays in Jurisprudence Fourth Series 107, p 112.



suscite la croyance que celui qui fait la promesse a une obligation morale de tenir sa promesse. C Fried écrit qu'un individu est moralement obligé de tenir sa promesse car il a intentionnellement invoqué une convention dont la fonction est de supporter, moralement, l'espérance d'autrui. Ainsi, quand une promesse est faite, il est acquis (par convention) qu'elle sera exécutée. En clair, il y a une obligation de tenir les promesses car on croit qu'il existe une telle obligation. Revenir sur la parole donnée est abuser une confiance que le promettant était libre de susciter ou non, et qu'il a intentionnellement choisi de susciter.

C Fried dénonce la thèse de la *reliance* (*harm principal*). Le dommage de C Fried ne se confond pas avec celui des tenants de cette thèse. Chez lui, le dommage (*wrong*) résulte de la rupture d'une promesse. Chez eux, l'Etat ne doit sanctionner la rupture de l'engagement contractuel que lorsque cette rupture coïncide avec la rupture de l'obligation non contractuelle de ne pas blesser autrui. Le dommage est ici matériel. Chez C Fried, il est moral. Pour lui, en dehors de toute promesse, le fait de susciter la confiance (que la *reliance* soit *detrimental* ou non) est un fondement insuffisant pour obliger quelqu'un. A moins que je fasse une promesse, je suis, et je dois être, libre de changer d'opinion. Vous pouvez choisir d'agir sur la foi de mes affirmations, mais c'est votre choix. Pourquoi ma liberté devrait-elle être limitée par le préjudice que vous subissez du fait de votre désillusion sur mes propres choix ? L'obligation contractuelle résulte de ma volonté consentante (*self-imposed*) et non de votre désappointement.

Pour reprendre la distinction entre le *bien et le droit*, le fait qu'une personne subisse un dommage du fait d'une confiance mal placée n'oblige pas en droit la personne qui ne tient pas une parole (qui n'est pas une promesse) à réparer ce dommage. Il est peut-être bien de le réparer. Mais cela ne doit pas être obligatoire. L'obligation n'existe donc que dans deux hypothèses : 1) soit une véritable promesse est rompue, 2) soit un délit est causé. Il n'y a rien entre les deux.

Dans cette logique, l'estoppel est fondamentalement la sanction d'une rupture de la promesse faite <sup>386</sup>. L'absence de *consideration* n'est pas importante puisque le fondement de la force obligatoire de l'engagement volontaire est justement la promesse. Ainsi, C Fried appelle à un

---

<sup>386</sup> S A Smith, *idem*, p 117. L'analyse explique bien le *promissory estoppel* américain où l'existence de la promesse est l'élément le plus fondamental aux yeux du juge. Cf. le texte entre les notes 274-9 : les conclusions de E Yorio et S Thel.

rejet de la théorie de la *consideration* <sup>387</sup>. Par exemple, C Fried explique que toutes les promesses gratuites devraient être obligatoires puisque la personne qui promet de donner un cadeau choisit de le faire librement.

### § 3. E Cooke : un positivisme pragmatique

Dans son article <sup>388</sup>, E Cooke se demande si la théorie de la confiance trompée (*reliance loss theory*) doit être adoptée en droit anglais. Elle affirme que la jurisprudence actuelle s’y oppose et que seule la Chambre des Lords pourrait modifier le droit positif. Elle propose principalement trois arguments dans le sens d’un rejet du *reliance interest* comme mesure de la réparation.

Premièrement, le *reliance interest* créerait une confusion et amputerait le droit de l’estoppel. Elle affirme qu’aujourd’hui les parties qui invoquent l’estoppel savent à quoi s’attendre (leurs attentes seront protégées). L’adoption d’un modèle imparfait du *reliance interest* où les juges n’auraient pas de préférences entre la protection du *reliance interest* et de l’*expectation interest*, introduirait des incertitudes indésirables. Si le juge optait uniquement pour le *reliance interest*, le résultat serait, selon elle, encore plus désastreux. Les applications les plus fructueuses l’ont été dans la sphère familiale où la perte subie (*reliance loss*) a souvent été inférieure au profit escompté dénié (*expectation loss*) mais où le juge a estimé qu’une injustice aurait été commise si les attentes n’avaient pas été satisfaites. E Cooke ne souhaite pas dénier au juge son pouvoir discrétionnaire. Elle suggère seulement que s’il appartenait au demandeur (hypothèse du *proprietary estoppel*) de prouver des circonstances particulières pour obtenir le profit escompté, la justice s’en trouverait affectée. De plus, la logique de l’*estoppel by representation* serait remise en cause par l’adoption de ce modèle : autoriser le demandeur à se contredire en partie conduirait à des injustices ou à des incertitudes.

Deuxièmement, le *reliance interest* conduirait à des incohérences avec le droit quasi-contractuel (*law of restitution*). Souvent la confiance d’une partie aboutit, surtout en matière immobilière, à enrichir un tiers en raison de constructions réalisées sur le terrain de ce dernier. Ce droit oblige la partie injustement enrichie à reverser le gain ou à compenser le *restitution*

---

<sup>387</sup> Présentation de P Benson, ‘Introduction’, (2001) in P Benson, ed, *The Theory of Contract Law New Essays*, p 5.

<sup>388</sup> E Cooke, ‘Estoppel and the Protection of Expectations’ (1997) 17 LS 258, p 280-5.

*interest* de celui qui s'est appauvri. Des critères suffisamment objectifs ont été fixés afin de déterminer quand il y a enrichissement injuste et ceci dans un souci de prévisibilité. Selon E Cooke, en raison de la flexibilité de la notion d'estoppel, il y a un certain nombre d'affaires où le *restitution interest* est protégé. Afin d'éviter une confusion entre le quasi-contrat et l'estoppel (car les conditions de mises en œuvre et les fonctions diffèrent), il serait mieux de satisfaire dans ce dernier cas l'*expectation interest*.

Troisièmement, ce ne serait pas un moyen approprié pour compléter (*supplement*) la doctrine de la *consideration*. Selon certains, adopter le modèle de la *reliance* comme mesure de la réparation permettrait de ne pas confondre l'estoppel et le contrat et, ainsi, l'estoppel pourrait être utilisé pour obtenir l'exécution d'une promesse alors que les conditions de validité du contrat (comme la *consideration*) ne sont pas remplies. Pour E Cooke, il ne sert à rien de limiter la réparation, en matière d'estoppel, au *reliance interest* afin de ne pas confondre contrat et estoppel car la mise en jeu de ce dernier est limitée d'une autre façon : l'estoppel n'est qu'une exception de procédure (*a shield, not a sword*) dès lors qu'aucune propriété immobilière n'est en cause. Certes, elle reconnaît que la réalité est parfois plus subtile est que l'estoppel peut indirectement supporter un contrat qui n'aurait pas pu aboutir seul <sup>389</sup>.

### ***Quelques remarques et propos conclusifs sur le droit civil***

En droit civil, la protection de la confiance conduit à des solutions différentes selon les espèces. Déjà, au niveau de la mise en œuvre de la protection, il existe deux voies : une première tend à forcer la volonté de celui qui promet en l'obligeant à faire comme il a dit, une seconde ne force que modérément la volonté puisque le débiteur ne doit que des dommages et intérêts. Sur le terrain de l'étendue de la protection, le gain espéré est parfois octroyé, et, d'autres fois, la compensation de la perte éprouvée lui est préférée. On a constaté qu'il existe un lien logique entre la nature de la protection et son étendue : l'exécution forcée en nature satisfait l'attente du gain et l'octroi de dommages et intérêts compense uniquement la perte éprouvée.

---

<sup>389</sup> Sur ce point aussi : R Halson, 'The Offensive Limits of Promissory Estoppel', (1999) *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 257, 259-61.

Il convient ici de s'interroger sur la raison d'être de ces différentes solutions, d'autant que la confiance est l'idée commune qui les inspire. La réponse se trouve sans doute du côté de la nature de la relation qui suscite une confiance et qui se manifeste par une croyance légitime. Le fait que, dans certaines affaires, la protection passe par une conclusion (ou une exécution ou un maintien) forcée en nature de la promesse et, dans d'autres, par des dommages et intérêts ne peut s'expliquer, a priori, que par une *variation d'intensité* de cette relation de confiance. Et cette variation est appréciée par le juge en fonction des circonstances d'espèces. Le test semble être à la fois objectif et subjectif ; objectif, car le juge tient compte de la qualité des parties : consommateur-consommateur, professionnel-professionnel, consommateur-professionnel ; subjectif, car le juge regarde les compétences de chacun. La combinaison du critère objectif et subjectif, et le passage de l'un à l'autre, permet ainsi d'affiner l'appréciation de la légitimité de la croyance d'une partie. Par exemple, en matière de loterie publicitaire, l'approche subjectif conduit le juge à se demander si l'existence d'un l'aléa a pu être perçu par le consommateur. Si la mise en évidence de l'aléa est suffisamment explicite pour le consommateur, alors celui-ci ne peut pas réclamer son gain car sa croyance est illégitime.

Le critère objectif serait plus structurel et nettement moins psychologique que le critère subjectif. Parfois, le rapport de dépendance est plus marqué et l'inégalité plus accentuée : ce sont les relations de consommateur à professionnel, d'employeur à salariés ou celles qui sont en jeu dans un contrat d'adhésion. La croyance légitime appelle une protection plus grande de la part de l'Etat car elle naît plus facilement dans l'esprit de la partie faible. Elle n'a pas nécessairement les compétences et la liberté suffisantes pour s'assurer du contenu véritable de la promesse ou de l'information. Ailleurs, entre professionnels, il s'agit d'une relation de confiance forcée en raison d'un rapport de dépendance plus ou moins marqué (contrats de distribution exclusive, par exemple). Mais la croyance est moins légitime car les parties ont des compétences et une liberté supposées suffisantes pour vérifier l'information ou se prémunir contre les promesses sans lendemain.

Avec cette théorie de la croyance légitime, ou des attentes, le juge gagne en pouvoir. Le droit devient plus flexible car le rapport d'obligation procède « moins de l'engagement du promettant que de l'attente raisonnable du destinataire de la promesse. La force obligatoire du contrat reposerait non plus sur la confiance du créancier dans la parole donnée librement par

son débiteur mais dans l'attente que pouvait légitimement nourrir le créancier »<sup>390</sup>. De façon plus large, cette théorie des attentes pourrait être le fondement d'un rapport d'obligation nouveau autour du contrat. Que cette théorie soit revêtue du manteau de la responsabilité délictuelle, contractuelle ou quasi-contractuelle, cela ne change rien à l'idée générale qui veut qu'une croyance légitime, reposant sur une certaine relation de confiance et de dépendance, fasse toujours l'objet d'une protection.

L'étendue de la protection serait déterminée par le contour de la croyance, légitimée par l'intensité de la relation de confiance. Dans les situations de forte inégalité ou de dépendance accentuée (rapports de consommateur à professionnel), la confiance est protégée par une interdiction de se contredire : la promesse est maintenue malgré la volonté contraire de son auteur. Il existe un lien entre le fondement de l'obligation et la mesure de la réparation. Ce schéma de protection se distingue du concept classique de la réparation contractuelle car la sanction a une fonction d'exécution et non de réparation. La promesse est exécutée afin de protéger complètement la confiance du consommateur. En définitive, la confiance tend à devenir le fondement d'un rapport d'obligation nouveau lorsqu'une certaine forme de relation inégalitaire et de dépendance est caractérisée selon un double critère objectif et subjectif.

Par contre, aujourd'hui, dans les relations entre professionnels, la confiance est plus un élément du dommage que le fondement d'un rapport d'obligation. Le dommage révèle la confiance qui, du coup, se confond avec lui.

Bien qu'il s'agisse, dans les deux séries d'hypothèses, d'une relation de dépendance s'inscrivant dans un « microcosme » où la confiance joue un rôle certain, la jurisprudence tient à distinguer entre le professionnel et le consommateur. Certes, la Cour de cassation ne qualifie pas les parties de cette façon. Elle ne dit pas qu'un tel est un consommateur, et que tel autre est un professionnel. Toutefois, il apparaît presque évident au regard des faits que c'est bien de cela dont il s'agit. L'un correspond à la description du consommateur, et l'autre à celle du professionnel. L'un agit pour les besoins de son activité privée et l'autre pour les besoins de son activité professionnelle. La confiance aboutit à octroyer, dans un cas, le gain espéré et, dans l'autre, à ne compenser qu'une perte subie. Le juge refuse de forcer un contrat lorsque le bénéficiaire de la promesse ou de la représentation est un professionnel. Pourquoi

---

<sup>390</sup> F Terré, P Simler et Y Lequette, 'Les Obligations', (2002) 8<sup>e</sup> ed. Précis Dalloz, p 47.

ce traitement particulier du professionnel qui peut pourtant être dans une situation proche de celle du consommateur ?

Le juge français ne donne pas d'explications. Les raisons invocables ne sont dès lors qu'hypothétiques. On peut en avancer deux. La première tiendrait à l'importance de la philosophie contractuelle classique dans l'esprit du juge. Cette philosophie postule la liberté et l'égalité des individus. L'autonomie de la volonté, qui exprime le mieux ces principes en matière contractuelle, suppose à son tour un cadre libéral dans lequel l'individu est libre d'entreprendre et d'exercer son activité professionnelle. Cette liberté ne peut être limitée que par un consentement au rapport d'obligation. Aux yeux du juge, ce consentement serait fondamental dans la mesure où les rapports en jeu sont d'ordre professionnel, i.e lorsque chacune des parties joue un rôle actif et se comporte en entrepreneur. L'activité professionnelle serait le contexte par excellence de cette philosophie classique du consentement. Dès lors, la notion de confiance ne pourrait pas être le fondement du rapport d'obligation car elle serait étrangère au consentement de celui qui s'oblige. Plus encore, elle s'opposerait à ce consentement du débiteur puisque ce dernier serait forcé ou établi par la croyance du créancier. Par nature, la confiance nie le consentement d'autrui. A la protection de la confiance, le juge préfère la protection du consentement. Selon ce schéma, la confiance ne peut jouer aucun rôle.

La confiance ne réapparaîtrait que sur le terrain délictuel. La présence de la confiance dans la sphère professionnelle et limitée à la responsabilité délictuelle n'est pas sans lien avec les principes évoqués plus haut. La confiance n'existerait que là où la notion de liberté et d'autonomie de la volonté ne jouerait plus aucun rôle. Ici, la confiance ne serait que le contour du dommage. Elle n'aurait qu'un rôle probatoire tendant à établir l'existence du dommage, mais non son étendue. D'une certaine manière, elle serait la cause du dommage que la victime s'infligerait à elle-même. Par exemple, la confiance ou la croyance conduirait le cocontractant distributeur à engager des dépenses afin de rester dans le réseau de distribution. Elle pousserait le négociateur, qui croit que le contrat va aboutir, à engager des frais. Ainsi, ce n'est qu'à travers le dommage subi que la confiance est prise en compte.

La seconde raison tiendrait au rôle du juge à l'égard du contrat. Traditionnellement, il doit être dans une position de repli. Le juge ne doit pas intervenir dans la sphère contractuelle. Admettre que la confiance puisse être le fondement d'une réparation tendant à octroyer le

gain escompté reviendrait à reconnaître au juge un pouvoir trop important : celui de conclure un contrat pour le compte d'autrui. Le contrat judiciaire serait une hérésie. Cette hérésie ne peut être dépassée que si un intérêt supérieur autorise le juge à plier les principes fondamentaux du droit des contrats que sont la liberté et l'égalité. Dans notre monde contemporain, la protection du consommateur est un de ces intérêts supérieurs. Seule la confiance du consommateur autoriserait le juge à s'extraire du droit commun et à forcer le contrat.

A partir de ce constat, trois remarques doivent être faites. En premier lieu, la dichotomie consommateur-professionnel qui se dessine en jurisprudence n'est pas satisfaisante. Il a déjà été montré que le professionnel peut être dans la même situation qu'un consommateur lorsqu'il agit dans le cadre de son activité professionnelle mais en dehors de ses compétences<sup>391</sup>. On connaît le débat sur la définition du consommateur<sup>392</sup>. Le juge retient une définition étroite du consommateur qui est la personne qui n'agit pas dans le cadre de son activité professionnelle<sup>393</sup>. Mais il n'est pas question ici de se demander si certains professionnels doivent être considérés comme étant des consommateurs au regard du droit de la consommation. L'application du droit de la consommation n'est pas ici en cause. La notion de croyance est un concept relativement nouveau en droit français qui n'est en rien propre à ce droit spécial. Mais aujourd'hui, si le juge protège différemment la confiance ou la croyance de la personne qui agit ou non dans le cadre de son activité professionnelle, c'est qu'il se réfère implicitement au droit de la consommation qui postule l'inégalité des individus afin de mieux les protéger. Le problème ici tient au fait que le juge ne se réfère pas tant à la raison d'être de ce droit (protéger les plus faibles) qu'au statut du consommateur pour discriminer les cocontractants dans une situation qui relève pourtant du droit commun. Il applique à une situation de droit commun (où la confiance d'une partie est en cause) les critères du droit spécial. Ainsi, la personne qui entre dans la définition du statut du consommateur bénéficie du droit de la consommation et, en droit commun où il est question de confiance, elle voit son profit escompté octroyé par le juge. En sens inverse, la personne qui n'entre pas dans la définition du consommateur ne peut pas se prévaloir du droit spécial et, parallèlement, elle se voit refuser par le juge la satisfaction du profit escompté. Cette approche est critiquable. Comme on l'a dit, il n'est pas ici question d'appliquer le droit de la consommation. Il n'est

---

<sup>391</sup> F Terré, P Simler et Y Lequette, 'Les Obligations', (2002) 8<sup>e</sup> ed. Précis Dalloz, n° 74-1.

<sup>392</sup> F Terré, P Simler et Y Lequette, 'Les Obligations', (2002) 8<sup>e</sup> ed. Précis Dalloz, n° 74-1.

<sup>393</sup> Par exemple, Cass. 1<sup>er</sup> civ. 17 novembre 1998.

donc pas nécessaire d'avoir à l'esprit la définition du consommateur lorsqu'il s'agit de se demander s'il faut octroyer ou non le profit escompté. La distinction qui semble être faite en jurisprudence entre consommateur et professionnel est inadéquate et hors propos puisque le droit de la consommation n'a pas vocation à s'appliquer. Par contre, il est intéressant de regarder la situation concrète du professionnel. La partie faible peut être un professionnel qui agit en dehors de sa sphère de compétence. Elle peut aussi être celle qui agit dans sa sphère de compétence mais être dans une situation structurelle d'inégalité. Ce sont toutes les hypothèses des contrats de dépendance. Dans ces situations, on ne voit pas pourquoi le juge devrait distinguer.

En deuxième lieu, l'octroi du gain escompté est-il un moyen satisfaisant pour protéger la confiance ? Cette question pose plus de problèmes que celle de la dichotomie professionnel – consommateur. La discrimination abstraite qui se dessine en jurisprudence n'est pas légitime, certes. Mais, est-ce nécessairement légitime d'octroyer le gain attendu, que ce soit pour le consommateur ou pour le professionnel ? Pourquoi la perte subie ne serait-elle pas plus intéressante ? Le premier argument en faveur de l'octroi du gain attendu tient à la situation du consommateur. La plupart du temps, celui-ci espère, attend quelque chose du débiteur sans nécessairement subir de pertes matérielles à proprement parler. Si la règle était celle de l'indemnisation exclusive de la perte subie, le consommateur pourrait ne rien obtenir. Ainsi, octroyer le gain attendu permet de garantir au consommateur ou à une personne assimilée (par exemple, le salarié envers qui l'employeur s'engage unilatéralement à payer une prime) une protection minimale. Mais cet argument qui repose sur une logique indemnitaire n'est pas non plus satisfaisant. La confiance bafouée ne doit pas être un élément du dommage car elle a un rôle plus important à jouer. Celui d'être une source du droit, une source de l'*obligatoire*. Cela implique donc que le bénéfice escompté soit octroyé par le juge. La personne qui promet à autrui quelque chose doit la délivrer lorsque autrui a pu légitimement croire en cette délivrance. La confiance ne sert pas à mesurer l'étendue de la dette mais elle devient le fondement de l'obligation.

Quel est l'intérêt de recourir à ce concept de confiance pour créer de l'*obligatoire* ? On sait que le droit positif ne reconnaît pas à la confiance, à titre de principe, un rôle translatif de propriété. On explique généralement que la conception française de l'obligation est *spiritualiste*. Seul l'intention du débiteur de réellement s'engager conduit au rapport de droit volontaire. Ainsi, l'article 1108 du Code civil dispose que « le consentement de la partie qui



s'oblige » est un élément essentiel pour la validité d'une convention. Le curseur est sur la tête du débiteur. La volonté interne s'impose sur la volonté déclarée. L'attente légitime du créancier n'est pas prise en compte. Ailleurs, l'attente du créancier est génératrice d'obligations pour le débiteur. Pas en France, en principe. Pourtant, on a montré que cette confiance du créancier oblige parfois le débiteur, notamment lorsque le créancier est un consommateur (qui n'est pas défini en tant que tel par le juge). L'avantage de reconnaître un tel effet à la confiance légitime n'est pas négligeable. D'abord, la sécurité juridique est renforcée. Faire prédominer la volonté déclarée sur la volonté interne permet d'objectiviser une relation. Du coup, autrui sait à quoi s'attendre. Ensuite, et parce que la sécurité juridique et la prévisibilité des comportements sont renforcées, les transactions sont facilitées. La circulation des biens gagne en fluidité. Cet avantage n'est pas complètement nouveau. Ainsi, un auteur français a montré que la confiance légitime est à la base du mandat apparent lequel puise ses justifications, entre professionnels notamment, dans les besoins de rapidité de la vie des affaires <sup>394</sup>. L L Fuller a lui aussi fondé la règle de la satisfaction du profit escompté sur cette idée <sup>395</sup> : l' « *expectation rule* » est une règle qui sert à promouvoir et à faciliter la confiance dans les transactions commerciales ; lorsque les accords commerciaux sont conclus et qu'ils suscitent suffisamment de confiance chez les partenaires pour les pousser à conclure d'autres accords avec d'autres partenaires dans l'anticipation d'un profit futur, la division du travail est facilitée, les biens trouvent leur voie vers les lieux où ils sont le plus demandés et l'économie est, de façon plus générale, stimulée. L L Fuller reconnaît que ce schéma pourrait être remis en cause par la compensation des seules pertes subies en cas de rupture du contrat. La difficulté de prouver le dommage exact conduirait le commerçant à attendre la prestation, à faire plus difficilement confiance.

On le voit, l'argument économique permet de relier confiance et octroi du gain escompté. Mais si la confiance comme « mécanisme d'acquisition du droit »<sup>396</sup> présente certains avantages, elle ne peut pas avoir une place prédominante car elle met en jeu des principes qui s'articulent mal avec ceux de l'ordre juridique français plus spiritualiste qu'objectiviste. C'est toute la question du domaine et des critères de la légitimité de la confiance.

---

<sup>394</sup> J L Sourieux, 'La croyance légitime', (1982) JCP G I, 3058, n° 38 à 41.

<sup>395</sup> L L Fuller et W Perdue, 'The Reliance Interest in Contract Damages' (1936) 46 Yale L.J. 52, p 61. Certes, son analyse se limitait à la justification de l' « *expectation rule* » dans le cadre de la rupture d'un contrat classique, et non d'une promesse ayant seulement suscité la confiance d'autrui. Mais à l'époque, en 1936, l'estoppel n'était pas encore invoqué dans un contexte commercial ; ce qui advint à partir des années 1950.

<sup>396</sup> J L Sourieux, 'La croyance légitime', (1982) JCP G I, 3058.

En troisième et dernier lieu, remarquons dès à présent qu'il apparaît difficile de poser un ou deux critères pertinents ou exhaustifs afin d'établir que la confiance du professionnel mérite d'être protégée. A priori, c'est une question de fait. Le juge peut s'appuyer sur des indices ou sur des présomptions. Par exemple, lorsque le créancier est un consommateur ou un professionnel dans une situation structurelle d'inégalité et lorsqu'il est avéré que le débiteur a fait beaucoup pour susciter la confiance d'autrui, et créer de la fausse illusion, alors le juge devrait pouvoir relever l'existence d'une confiance ou croyance légitime comme mécanisme d'acquisition du droit promis. D'autres indices peuvent être intéressants à relever comme la durée de la relation entre les parties (plus longue elle est, plus évidente sera la confiance), sa nature (relation d'affaires, de travail, de dépendance,...). Sans doute, il faut qu'un certain « microcosme » soit caractérisé (contrat de distribution, contrat de travail, négociations très avancées,...). La limite du microcosme est intéressante car elle permet de cantonner l'effet de la confiance légitime dans un domaine relativement restreint. La responsabilité civile délictuelle est ainsi sauvée. Ce n'est qu'ensuite, à l'intérieur de ce microcosme, que le juge devra procéder par touches impressionnistes, à petits pas, par indices et dire si la confiance peut conduire à la satisfaction du bénéfice promis.

## **PLAN DETAILLE**

Introduction

### **Titre 1. Nature de la protection de la confiance légitime**

#### **Chapitre 1. Les caractères généraux de la protection**

##### Section 1. La double nature de l'estoppel

§ 1. L'estoppel comme exception de procédure

A. L'origine

B. Les effets de l'*estoppel by representation*

C. Les fondements

§ 2. L'estoppel comme sanction substantielle

A. Les effets

B. Les fondements

1° L'enjeu de la détermination du fondement : la classification

2° Le choix du fondement

##### Section 2. Les particularités nationales

§ 1. L'estoppel et la common law : une question connue

A. La Grande-Bretagne

1° L'estoppel comme moyen de preuve

2° L'estoppel comme sanction substantielle

3° L'absence d'unité de régime

B. L'Australie

C. Les Etats-Unis

1° L'apparition du *promissory estoppel*

2° Les effets et les fondements

§ 2. L'estoppel et le droit civil français : une question nouvelle

#### **Chapitre 2. Les moyens particuliers de la protection**

Section 1. L'exécution forcée en nature

§ 1. La période pré-contractuelle : la conclusion forcée

- A. Le droit anglais
- B. Le droit australien
- C. Le droit aux Etats-Unis
- D. Le droit français

§ 2. La période contractuelle : l'exécution forcée et le maintien forcé

A. Le droit anglais

1° L'exécution forcée en nature d'un contrat forcé : le *proprietary estoppel*

2° Le maintien forcé de la promesse ou de la *representation*, à titre de défense

- B. Le droit aux Etats-Unis
- C. Le droit français

Section 2. Les dommages et intérêts

§ 1. L'exécution forcée par équivalent

- A. Le droit anglais
- B. Le droit australien
- C. Le droit aux Etats-Unis
- D. Le droit français

§ 2. La réparation du dommage

- A. Le droit anglais
- B. Le droit australien
- C. Le droit aux Etats-Unis
- D. Le droit français

**Titre 2. Etendue de la protection de la confiance légitime**

**Chapitre 1. L'approche positive**

Section 1. Le concept général de réparation

§ 1. L'approche common law

A. L'article fondateur de Fuller et Perdue sur la réparation contractuelle

1° Avant Fuller : le *writ of assumpsit* suivi de la théorie classique du contrat

2° Apport de Fuller : les trois intérêts

3° Après Fuller : la réception de la théorie aux Etats-Unis, en Grande-Bretagne et en Australie

B. Les critiques de l'article

§ 2. L'approche française

### Section 2. Les applications en matière d'estoppel

§ 1. La common law

A. Les Etats-Unis

1° Un rappel historique et l'évolution du §90

2° Le principe proclamé depuis Fuller et Perdue

3° Les applications concrètes favorables à l'*expectation interest*

B. La Grande-Bretagne

1° La nomenclature de L L Fuller et W Perdue

2° La marginalisation du *reliance interest*

3° La protection de l'*expectation interest*

a) Les estoppels comme moyen de défense

b) Le *proprietary estoppel*

C. L'Australie

1° La réception du cadre théorique de L L Fuller et W Perdue

2° La divergence entre la fonction et la mesure de la réparation

3° Le maintien de l'*expectation interest* comme mesure de la réparation

§ 2. Le droit civil français

A. L'octroi du profit escompté par l'exécution forcée en nature de la promesse

B. La compensation d'une perte par l'octroi de dommages et intérêts

## **Chapitre 2. L'approche normative**

### Section 1. Le *reliance interest* doit être la mesure de la réparation

§ 1. J S Mill

§ 2. Fuller

A. La théorie générale

B. L'application à l'estoppel

§ 3. Atiyah

### Section 2. L'*expectation interest* doit être la mesure de la réparation

§ 1. Contre Cajetan : l'Ecole du Droit Naturel

§ 2. C Fried : la théorie libérale

§ 3. E Cooke : un positivisme pragmatique

*Quelques remarques et propos conclusifs sur le droit civil*

**BIBLIOGRAPHIE \*****Bibliographie française****Manuels/ouvrages :**

D Houtcieff, 'Le principe de cohérence en droit privé des contrats' (2000) PUAM

A Martin, 'L'Estoppel en droit international public : précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais', Paris : A. Pedone, 1979

'Mémento Pratique Francis Lefebvre – Contrats et droits de l'entreprise' 2004

F Terré, P Simler et Y Lequette, 'Les Obligations', (2002) 8<sup>e</sup> ed. Précis Dalloz

**Articles :**

M Behar-Touchais, 'Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats' in L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, sous la direction de M Behar-Touchais (2001) ed Economica

B Fauvarque-Cosson, 'L'estoppel du droit anglais', in L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, sous la direction de M Behar-Touchais (2001) ed Economica

D Mazeaud, 'Les contradictions légitimes au détriment d'autrui en droit des contrats', in L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, sous la direction de M Behar-Touchais (2001) ed Economica

H Muir Watt, 'Reliance et définition du contrat', Perspectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin, Dalloz (1999)

---

\* La jurisprudence, et les notes d'arrêt pour le droit français, ne sont pas reproduits. Se référer aux notes de bas de page.

H Muir Watt, 'Rapport de Synthèse' in L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, sous la direction de M Behar-Touchais (2001) ed Economica

P Rémy, 'La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept', RTDciv. 1997, p 323

J L Sourioux, 'La croyance légitime', (1982) JCP G I, 3058

### **Bibliographie américaine**

#### **Manuels/ouvrages :**

R E Barnett, 'Contracts, Cases and Doctrine' (1999) 2ed Aspen Law & Business

Corbin on Contract (rev. ed. J M Perillo, ed St Paul, Minn, West Publishing, 1996

E A Farnsworth, 'Contracts', ((2D ED 1990)

G Gilmore, 'The Death of Contract', (1974) Columbus, Ohio.

C D Rohwer & A M Skroki, 'Contracts in a Nutshell' (2000) 5ed St Paul Minn

#### **Articles :**

R E Barnett, 'A Consent Theory of Contract' (1986) 86 Columbia Law Review 269

R E Barnett, 'The death of Reliance' (1996) 46 J Legal Educ. 518

M E Becker R E Barnett, 'Beyond Reliance : Promissory Estoppel, Contract Formalities, and Misrepresentations' (1987) 15 Hofstra LR 443

P Benson, 4 The Unity of Contract Law, The Theory of Contract Law: New Essays (New York: Cambridge University Press, 2001)



R Craswell, 'Against Fuller and Perdue' (nov. 1999) J M Olin Program in Law and Economics, Stanford. Working Paper No. 183.

[http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=184951](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=184951)

R Craswell, 'How We Got This Way : Further Thoughts on Fuller and Perdue' (2001) Issues in Legal Scholarship, Symposium : Fuller and Perdue, Article 2, The Journals of Legal Scholarship (Bepress)

M A Eisenberg, 'The Theory of Contracts', (2001) in Benson, Theory of Contract Law 206

D A Farber and J H Matheson, 'Beyond Promissory Estoppel : Contract Law and the Invisible Handshake' (1985) 52 U Chic LR 903

E A Farnsworth, 'Developments in Contract Law During The 1980's : The Top ten' (1990) 41 Case W. Res. LR 203

J M Feinman, 'Promissory estoppel and Judicial Method' (1984) 97 Harvard LR 678

J M Feinman, 'The Last Promissory Estoppel Article' (1992) 61 Fordham LR 303

L L Fuller et W Perdue, 'The Reliance Interest in Contract Damages' (1936) 46 Yale L.J. 52

L L Fuller, 'Consideration and Form' (1941) 41 Columbia LR 799

J Gordley, 'Contract Law in the Aristotelian Tradition', in P Benson, ed, The Theory of Contract Law New Essays 265 (2001)

J Gordley, 'A Perennial Misstep : From Cajetan to Fuller and Perdue to 'Efficient Breach'', (2001) Issues in Legal Scholarship, Symposium : Fuller and Perdue, Article 4, Bepress

R Hillman, 'Questioning the "New Consensus" on Promissory Estoppel : An Empirical and Theoretical Study' (1998) 98 Columbia LR. 580

M B Kelly, 'The Phantom Reliance Interest in Contract Damages', (1992) 1992 Wis.LR 1755

S A Smith, 'Towards a Theory of Contract', Oxford Essays in Jurisprudence 107 (Jeremy Horder, ed, 4<sup>th</sup> series 2000)

S A Smith, "'The Reliance Interest in Contract Damages' and the Morality of Contract Law' (2001) Issues in Legal Scholarship, Symposium : Fuller and Perdue, Article 1, Bepress

E Yorio and S Thel, 'The Promissory Basis of Section 90' (1991) 101 Yale Law Journal 111

### **Bibliographie anglaise**

#### **Manuels/ouvrages :**

P S Atiyah, 'Essays on Contract', (2001) OUP

H G Beale, W D Bishop & M P Furmston, 'Contract : Cases and Materials' 3ed, Butterworths

G S Bower, A K Turner, 'The Law Relating to Estoppel by Representation', 2<sup>nd</sup> Butterworths

H Collins, 'The Law of Contract' (1997) 3ed Butterworths

E McKendrick, Contract Law, Text, Cases and Materials, O.U.P. (1 mai 2003)

E McKendrick, 'Contract Law', 5<sup>th</sup> edition Palgrave Macmillan, 2003

M Spence, 'Protecting Reliance : The Emergent Doctrine of Equitable Estoppel' (Hart, 1999)

G H Treitel, 'The Law of Contract' 11ed, Thomson Sweet & Maxwell

G H Treitel, 'An Outline of The Law of Contract' 5ed Butterworths

#### **Articles :**

A S Burrows, « Contract, Tort and Restitution – A Satisfactory Division or Not » (1983) 99 LQR 217

E Cooke, 'Estoppel and the Protection of Expectations' (1997) 17 LS 258

S Gardner, 'The Remedial Discretion in Proprietary Estoppel', (1999) 115 L.Q.R. 438

D Nolan, 'Following in Their Footsteps : Equitable Estoppel in Australia and the United States' (2000) King's College Law Journal 201

### **Bibliographie australienne**

#### **Articles :**

B Mescher, 'Promise Enforcement by Common Law or Equity ?' (1990) 64 Australian Law Journal 536

A Robertson, "Situating Equitable Estoppel Within the Law of Obligations", (1997) 19 Sydney Law Review 32

A Robertson, 'Reliance and Expectation in Estoppel remedies' (1998) 18 LS 360

A Robertson, 'Reliance, Conscience and the New Equitable Estoppel' (2000) Melbourne University Law Review 7