

Les Cahiers de droit



La notion d'*equity* en droit anglais contemporain

L. A. Sheridan

Volume 10, Number 2, 1969

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1004593ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1004593ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Sheridan, L. A. (1969). La notion d'*equity* en droit anglais contemporain. *Les Cahiers de droit*, 10(2), 327–340. <https://doi.org/10.7202/1004593ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1969

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

La notion d'*equity* en droit anglais contemporain

L. A. SHERIDAN *

On a généralement retenu, en Europe, cette conception commune de l'équité qui fait de celle-ci un recours aux principes mêmes de la justice, lorsque ces derniers ne s'accordent pas avec le droit formel. Il n'y a qu'en Angleterre où *equity* en est venue à désigner un système de droit appliqué dans une cour de compétence spéciale, la *Court of Chancery*, jadis séparée des cours de *common law*. Depuis 1875, ces tribunaux ont été réunis : il n'existe plus en Angleterre qu'une seule haute cour de justice, la *Supreme Court of Judicature*. Et pourtant, les avocats et professeurs de droit anglais parlent encore de *common law* et d'*equity* comme de systèmes juridiques séparés. Dès lors se pose la question à savoir s'il s'agit seulement d'une survivance terminologique ou d'une dichotomie de valeur pratique entre deux systèmes de droit différents administrés par une seule cour ? Plusieurs réformes bénéfiques de la pensée juridique anglaise ont été retardées par suite d'un respect excessif de la tradition. On ne peut guère parler de l'*equity* sans se référer à l'histoire, mais l'objet de cet article réside ailleurs, à savoir dans l'évaluation de sa position en 1968.

Je fais face ici à un défi de taille, soit celui d'exprimer en français des conceptions anglaises qui n'ont d'équivalent nulle part ailleurs **.

* Professor, Faculty of Law, The Queen's University of Belfast.

** L'éditeur des *Cahiers de Droit* comprend très bien les sentiments du professeur Sheridan. Il se rappelle fort bien l'effort déployé par une équipe des *Cahiers* pour faire passer de l'espagnol au français, les notions de droit an-

Si cependant je devais échouer dans cette tentative, je pourrais toujours me dire que l'étudiant anglais, qui poursuit ses études de droit, ne comprend pas non plus lorsque les mêmes idées lui sont présentées en anglais !

Pendant l'époque de formation de la *common law*, chaque juge des trois cours royales était autorisé à rendre la justice conformément à la *common law*, et aussi, s'il le jugeait à propos, à s'en écarter pour décider de l'affaire en question conformément à l'équité. Après l'établissement du Parlement, et faisant suite à l'avènement, au profit des avocats de *common law*, d'un monopole leur permettant d'occuper tous les postes judiciaires des tribunaux royaux, les juges, au quatorzième siècle, ont abandonné ce pouvoir discrétionnaire. La certitude constitue, bien sûr, une vertu en droit, car les gens dirigent leurs affaires selon ce qu'ils croient être le droit. Mais, dans les cas individuels, la justice y est aussi une vertu, et cette dernière peut en souffrir si la certitude est exagérée ou figée.

Certains cours, et en particulier la *Court of Chancery*, furent créées dans le but de juger en équité, ce qui ne se faisait plus alors dans les tribunaux de *common law*. De cette façon, l'*equity* s'est identifiée d'une manière spéciale, au sein du système juridique anglais, en tant que corps de règles appliqué dans les cours d'*equity* et aboutissant à des résultats différents de ceux auxquels on serait arrivé, dans les mêmes causes, devant les tribunaux de *common law*. Les règles d'*equity* se sont ainsi développées à partir des sujets particuliers. L'*equity* anglaise n'a jamais formé une série de principes généraux, susceptibles de donner naissance à un développement juridique toutes les fois que la *common law* se révélait imparfaite ou archaïque. En outre, l'application de ces règles dans un tribunal à compétence spéciale, a eu pour conséquence, qu'avant 1875, l'*equity* s'occupât beaucoup de la procédure et des moyens. En vérité, le caractère procédural constitue souvent le trait distinctif des règles de l'*equity*.

Les cours jugeant en *equity* ont commencé leur longue carrière suivant une conception de l'équité identique à celle qui avait existé dans les cours de *common law* avant le commencement de sa période de fixa-

glais contenues dans *La Historiografía general del derecho inglés* de monsieur José Antonio Escudero, publiée l'an dernier dans cette revue sous le titre de « *L'Historiographie générale du droit anglais* », (1968) 9 C. de D., 117 à 240.

Outre les remerciements que le professeur Sheridan adresse à son collègue, Professor M. Pelan, Department of Medieval French, Queen's University of Belfast, nous remercions très vivement monsieur le professeur Henri Brun et monsieur Jean Goulet qui ont bien voulu relire et améliorer le français du texte original.

tion. Peu à peu cependant, l'*equity* de la *Court of Chancery* s'est transformée en une série de règles trouvant leur appui dans les recueils de jurisprudence. Avant que l'organisation judiciaire eût été unifiée en 1875, il était déjà devenu très difficile de plaider à la *Court of Chancery* sans se munir de l'appareil jurisprudentiel et statutaire dont on avait eu besoin dans les cours de *common law*, et sans le désavantage qui découlait de la nouveauté du système. Or, pendant ce temps, la *common law*, elle, s'assouplissait, grâce, en partie, au courage des magistrats. Plus particulièrement en raison de la promulgation de lois réformatrices, la *common law* ne subissait plus la tutelle du formalisme. La *common law* et l'*equity* ont traversé le seuil de leur habitation matrimoniale comme deux égaux. Les deux systèmes se sont développés depuis l'institution de la Haute Cour de Justice, mais de telle façon que l'un n'a jamais pris le pas sur l'autre. Si l'*equity* anglaise n'est plus une source de droit, la faculté des juges d'inventer continue néanmoins d'exister.

L'*equity* touche principalement au droit des biens. Son rejeton le plus robuste est le trust, auquel on peut recourir pour séparer l'administration des biens de leur bénéfice, en considérant comme propriétaire en *equity* une personne différente de celle qui possède le titre légal.

Après le trust, l'apport le plus important de l'*equity* anglaise est l'hypothèque. La *common law* avait connu la transmission des biens immobiliers comme garantie d'une créance, mais les règles anglaises actuelles, très compliquées, sont principalement le produit de l'action de la *Court of Chancery*, depuis le début du dix-septième siècle, pour la protection du débiteur contre le créancier.

De nos jours, le trust et l'hypothèque sont en grande partie réglés par des lois écrites. Quand une loi régit totalement une partie du droit, il devient inutile de savoir que l'ancien droit faisait partie de l'*equity* et non pas de la *common law*. Ainsi, on ne se rappelle plus aujourd'hui, par exemple, que l'association commerciale à but lucratif fut un produit de l'*equity*. Les lois écrites remontent d'ailleurs souvent à la *common law* et à l'*equity*, ou au deux ensemble, ce qui ne les empêche pas d'introduire leurs propres innovations.

L'administration d'une succession testamentaire, par un exécuteur ou par un administrateur, et l'administration judiciaire, se confondent dans le droit des trusts ; en effet, à plusieurs égards, les fonctions d'un exécuteur ou d'un administrateur forment une espèce de *trusteeship*, c'est-à-dire que l'exécuteur et l'administrateur sont presque l'équivalent de *trustees*. Ni le *Trustee Act* (Loi sur les *trustees*) ni l'*Administration of Estates Act* (Loi sur les exécuteurs et les administrateurs) ne sont

des codes comme l'est le *Partnership Act* (Loi sur les associations commerciales). Il existe de nombreuses règles spécialisées de l'*equity*, actuellement en vigueur, qui touchent les biens des défunts.

La *Court of Chancery* avait aussi compétence pour protéger les personnes n'ayant pas atteint l'âge de 21 ans. La mise sous tutelle judiciaire, malgré son air dickensien, fleurit encore aujourd'hui alors que l'âge moyen du mariage baisse. De temps à autre la cour protège la jeune fille en la mettant tout bonnement en prison.

Somme toute, ce qui nous reste de l'*equity* peut être réuni sous deux titres : réparation en cas de dol et moyens de recours auxiliaires. Dans le premier cas, bien que la plupart des transactions frauduleuses soient susceptibles d'annulation, selon la *common law*, elles ne le sont, en *equity*, que si la tromperie est le résultat d'une démarche plus subtile, par exemple l'influence d'un père sur son enfant, ou même l'erreur d'inattention. Dans le second, la *common law* faisait et fait encore des dommages-intérêts une panacée universelle, alors que l'*equity* concentrait ses efforts dans le sens du développement de moyens de réparation intégrale. Le moyen le plus utile, développé ainsi par l'*equity*, est l'ordre donné par le tribunal (*injunction*) de ne pas faire quelque chose d'injuste. Il y a aussi l'ordre d'exécuter intégralement un contrat (*specific performance*).

Ces observations n'épuisent pas le domaine de l'*equity*. Il y a plusieurs règles auxquelles je n'ai pas fait allusion, comme celles qui régissent la situation dans laquelle les termes d'un contrat sont changés par un nouvel accord sans réciprocité. Je n'ai pas évoqué non plus l'évolution des droit découlant de l'exercice de moyens de réparation. Par exemple, les droits qu'on peut avoir à l'encontre d'un tiers auquel il a été ordonné de ne pas faire quelque chose, situation provenant de la procédure de la *Court of Chancery* autorisant les *injunctions*. J'espère toutefois en avoir assez dit pour démontrer que la compétence de l'*equity* anglaise est vaste et diversifiée, même si elle concerne principalement les biens. En revanche, il existe des secteurs du droit anglais sur lesquelles l'*equity* n'a pas agi. La *Court of Chancery* ne s'est guère attardée par exemple aux délits, sinon pour promulguer des injonctions lorsque le préjudice causé ne pouvait être réparé par l'octroi de dommages-intérêts.

L'approche du problème juridique par l'*equity*

On dit en anglais : « *Equity acts in personam* » — l'*equity* porte sur le droit des personnes. Le système de réparation qui existe en vertu de l'*equity* est entièrement fondé sur la théorie que celle-ci étudie la

conduite des gens et édicte des ordonnances contre la personne et non contre les biens. Ce principe connaît des conséquences pratiques.

Par exemple, si le *trustee* des biens les transmet injustement à un tiers, le bénéficiaire du trust acquiert un droit d'action contre le *trustee*. Que se produit-il si le *trustee* est insolvable ? Le bénéficiaire du trust peut-il poursuivre le tiers ? La réponse est affirmative si le tiers en bénéficie à la suite d'une cession à titre gratuit ou s'il sait que la cession constitue un abus de confiance ; elle est par contre négative, si la cession en est une de bonne foi, pour un prix, le tiers acquérant les biens en ignorant l'abus de confiance. Le tiers, dans les trois cas, a acquis un titre conforme à la *common law* et, dans le dernier, sa situation ne justifie pas l'intervention de l'*equity*.

Les tribunaux jugeant en *equity* ont par ailleurs toujours pu occuper le champ juridictionnel couvrant les trusts, les hypothèques et les contrats touchant les immeubles d'outre-mer, pourvu que le défendeur réside en Angleterre. Aucune cour en Angleterre n'est compétente à juger des titres des immeubles situés à l'étranger : ceci appartient à la compétence des cours du pays dans lequel ceux-ci se trouvent. Étant donné cependant qu'un jugement rendu par une cour jugeant en *equity* est personnel, les tribunaux anglais ont ordonné l'exécution intégrale d'un contrat fixant les limites de Philadelphie et de la Pennsylvanie¹, ont entériné un trust sur des immeubles situés au Ceylan², ont ordonné la saisie ou l'extinction d'hypothèques aux îles de Sercq et Nevis ainsi qu'en Jamaïque³ ; comme elles ont aussi ordonné la liquidation d'une société haïtienne⁴.

L'*equity* se préoccupe de l'intention plutôt que de la forme

Les tribunaux de *common law* se préoccupaient des questions de forme, du libellé et des termes des écrits, plutôt que de ce qui s'était passé au cours des pourparlers. A la *Court of Chancery*, en revanche, on donnait plus d'attention aux aspects fondamentaux du litige, à l'intention des signataires et aux méthodes employées pour conclure la convention.

L'attention portée par la *common law* à la forme atteint son point culminant à propos des qualités propres au sceau, lequel consiste actuellement en un simple petit morceau de papier rouge à bon marché qu'on

¹ *Penn v. Lord Baltimore*, (1750) 1 Ves. Sen. 444.

² *Rochejoucauld v. Boustead*, (1897) 1 Ch. 196.

³ *Toller v. Carteret*, (1705) 2 Vern. 494 ; *Paget v. Ede* (1874) L.R. 18 Eq. 118 ; *Beckford v. Kemble*, (1822) 1 Sim. & St. 71.

⁴ *Maunder v. Lloyd*, (1862) 2 John. & H. 718.

appose sur un document. Ainsi, alors qu'un contrat conclu sans *consideration* est ordinairement annulable d'après la *common law*, on peut obtenir l'exécution judiciaire (au moyen d'une demande en dommages-intérêts) d'une promesse contractée gratuitement si elle est contenue dans un document scellé. L'*equity* adopte une attitude différente : le tribunal n'ordonne jamais l'exécution intégrale d'un contrat dépourvu de *consideration*, scellé ou non, mais elle n'empêche pas le créancier de réclamer des dommages-intérêts selon la *common law*. L'attitude de l'*equity* diffère aussi lorsque le sceau est obligatoire selon la *common law* (dans le cas de transfert d'immeubles ou de l'octroi d'une servitude par exemple). S'il y a *consideration*, même si le document n'est pas scellé, la transaction est valable en *equity* comme si l'on avait procédé selon les règles de la *common law*.

On pourrait illustrer de plusieurs façons cette préoccupation de l'*equity*. Je m'en tiendrai toutefois à un exemple spécifique que je vais approfondir, soit le domaine des clauses pénales. J'ai choisi ce sujet pour deux raisons : d'abord, parce que ses principes généraux bien qu'assez anciens, trouvent encore plusieurs applications contemporaines ; ensuite, parce que les décisions judiciaires qui s'y rapportent font ressortir jusqu'à quel point l'*equity* est tiraillée entre les points de vue respectifs des protagonistes de l'*equity* telle que figée depuis 1875, et de ceux qui s'en prévalent, sous son caractère changeant en 1968.

Un contrat ne prévoit pas en général les conséquences de son inexécution. Si une partie s'en trouve lésée, il appartient au tribunal d'adjudger en faveur de celle-ci un montant de dommages-intérêts proportionnel à la perte subie. Parfois cependant, il arrive que le contrat spécifie la somme payable au cas de rupture du contrat. Dans ce dernier cas, suivant la *common law*, le demandeur pouvait obtenir cette somme d'argent par jugement. En *equity* ce n'est pas nécessairement le cas. La question qui se pose alors est la suivante : la somme stipulée résulte-t-elle d'un effort sincère des parties de calculer à l'avance la perte provenant d'une rupture éventuelle du contrat ? A-t-elle été fixée à un montant supérieur à la perte probable, afin d'encourager le défendeur à exécuter le contrat ? Dans le premier cas, la somme stipulée est recouvrable, même si son calcul s'avère inexact. Dans le second cas la cour annulera l'obligation de payer cette somme (qu'on appelle en anglais *penalty*), et le demandeur ne pourra recouvrer que le dommage réellement subi, calculé par le juge.

Dans l'affaire *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.*⁵, en 1915, la Chambre des Lords (qui fait office

⁵ [1915] A.C. 79.

de cour de cassation en Angleterre) a procédé à un examen de la jurisprudence sur cette question. En l'espèce, un détaillant avait convenu de vendre des pneus au prix suggéré par le manufacturier et de payer à ce dernier cinq livres sterling pour chaque vente effectuée à un prix inférieur. Les juges ont déclaré que cette stipulation constituait une fixation anticipée des dommages-intérêts (*liquidated damages*), par conséquent recouvrable, et non une *penalty*, parce que, bien que le dommage résultant d'une vente faite à un prix insuffisant puisse être différent de celui provenant de telle autre vente, il faut voir dans la convention énoncée au contrat seulement une obligation de maintenir les prix d'une façon générale. Lord Dunedin a indiqué les propositions qu'il avait déduites de la jurisprudence applicable :

- « 1. Though the parties to a contract who use the words "penalty" or "liquidated damages" may prima facie be supposed to mean what they say, yet the expression used is not conclusive. The Court must find out whether the payment stipulated is in truth a penalty or liquidated damages. This doctrine may be said to be found passim in nearly every case.
2. The essence of a penalty is a payment of money stipulated as in terrorem of the offending party ; the essence of liquidated damages is a genuine covenanted pre-estimate of damage.
3. The question whether a sum stipulated is penalty or liquidated damages is a question of construction to be decided upon the terms and inherent circumstances of each particular contract, judged of as at the time of the making of the contract, not as at the time of the breach.
4. To assist this task of construction various tests have been suggested, which if applicable to the case under consideration may prove helpful, or even conclusive. Such are :
 - (a) It will be held to be penalty if the sum stipulated for is extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss that could conceivably be proved to have followed from the breach.
 - (b) It will be held to be a penalty if the breach consists only in not paying a sum of money, and the sum stipulated is a sum greater than the sum which ought to have been paid [...].
 - (c) There is a presumption (but no more) that it is penalty when "a single lump sum is made payable by way of compensation, on the occurrence of one or more or all of several events, some of which may occasion serious and others but trifling damage".
 - (d) It is no obstacle to the sum stipulated being a genuine pre-estimate of damage, that the consequences of the breach are such as make precise pre-estimation almost an impossibility ».*

La compétence du tribunal d'annuler les clauses pénales est aujourd'hui une question très discutée. Ces clauses sont fréquemment utilisées en matière de contrats de louage et de vente-location. Elles fixent alors les montants que le locataire doit payer au propriétaire si la transaction se termine avant que le contrat ne soit complètement exécuté. Lorsque

* *Ibidem*, pp. 86 à 88.

la transaction prend fin par suite d'une rupture de contrat de la part du locataire, aucune question spéciale ne se pose et le juge applique les règles ordinaires pour décider si la stipulation de paiement est valable (autrement dit, s'il s'agit d'une stipulation de *liquidated damages*), ou s'il doit l'annuler (c'est-à-dire la considérer comme *penalty*). Quelquefois, cependant, on rédige le contrat de telle façon qu'il semble que le locataire ne rompt pas le contrat, mais exerce plutôt une faculté, celle de mettre un terme au contrat, de telle façon que la stipulation paraît déterminer un prix pour l'amortissement des biens, et non fixer à l'avance le quantum de dommages-intérêts dus en cas de bris de contrat. On s'est alors demandé quelle était la valeur de telles clauses.

A titre d'argument contre l'annulation, on peut prétendre qu'en principe les tribunaux doivent obliger les gens à exécuter leurs contrats. L'*equity* ne prétend pas que les juges peuvent réformer les contrats, venir à la rescousse de ceux qui ont conclu des marchés imprudents, ni secourir les gens lorsque naît un risque qu'ils ont volontairement assumé. L'*equity* n'intervient qu'en cas de vice du consentement. On peut dire, par ailleurs, que si l'*equity* s'attache vraiment à l'intention plutôt qu'à la forme, elle doit prendre surtout en considération la nature du paiement stipulé et non le libellé du contrat. La rédaction d'un contrat peut avoir pour but de masquer la nature véritable des actes qu'il stipule. Faire, par exemple, de tout paiement, un mode d'exécution du contrat, alors qu'il s'agit en fait d'une peine imposée pour cause de non-exécution. L'étude d'une telle stipulation est possible et n'implique pas nécessairement la revision de tous les contrats. Il s'agit de limiter cet examen aux cas où une telle clause rend un paiement obligatoire de préférence à tout autre mode d'exécution, et de se poser la question habituelle de savoir si la somme stipulée résulte d'un effort de bonne foi en vue de calculer par avance la perte du demandeur ou si elle est destinée à pousser le défendeur à exécuter l'obligation première ? La jurisprudence illustre la divergence des conceptions opposant l'*equity* comme *corpus* de règles semblable à celui de la *common law*, et l'*equity* en tant que méthode différente de la *common law*.

L'affaire *Associated Distributors Ltd. v. Hall*⁶, en 1938, met en cause un contrat de vente-location d'une bicyclette. Le locataire avait exercé sa faculté de mettre un terme au contrat, ce qui l'obligeait, suivant les termes de l'entente, à payer au propriétaire une somme représentant la moitié de la valeur de la bicyclette. La Cour d'appel a ordonné le paiement, jugeant que ce dernier ne formait ni une *penalty* ni des *liquidated damages*, parce qu'il n'y avait pas eu rupture du contrat.

⁶ [1938] 2 K.B. 83.

Depuis lors, les juges ont émis des avis différents quant à la justice du principe établi, mais sans s'attaquer à la décision directement ; ils ont généralement cherché à amenuiser les obligations du locataire. C'est ainsi qu'ils ont parfois allégé son fardeau, en concluant qu'il y avait eu en fait rupture de contrat et non exercice d'une faculté de mettre fin au louage. En 1953, le principe a subi pour la première fois une légère modification, apportée par *Cooden Engineering Co. Ltd. v. Stanford*⁷. En l'espèce, le dépositaire avait rompu un contrat de vente-location d'une voiture, la Cour d'appel a jugé alors que le paiement stipulé au cas de rupture constituait une *penalty*, bien qu'un montant identique fut payable en raison d'événements autres que la rupture, tel, par exemple, la compensation convenue pour la dépréciation de la valeur de la voiture. Quelques années plus tard, en 1961, les juges de la Cour d'appel de l'Irlande du Nord ont émis une opinion différente, dans *Lombank v. Kennedy*⁸, cause qui portait aussi sur un contrat de vente-location de voitures. La dissidence touche le point de savoir si un montant d'argent pourrait être recouvrable en vertu d'une stipulation pour une cause ne donnant pas par ailleurs ouverture à un droit d'action. L'unanimité s'est faite autour de la décision *Cooden*, mais la majorité des juges ont observé que dans *Associated Distributors v. Hall*, la somme n'avait pas été réclamée pour le motif d'une rupture fondant un droit d'action. Mais Lord MacDermott (le président du tribunal) dissident, affirma : « The typical instance may be of such a breach when actionable per se ; but, in my view, the nature and purpose of the rule do not necessarily call for more than a breach by way of non-performance by the promisor, be that non-performance actionable in itself or otherwise. The kind of stipulation struck at by the rule is one which seeks to enforce performance by a sanction out of proportion to the loss suffered by the promise through non-performance. If the contract is so drawn as to make the non-performance not in itself an actionable breach the mischief which the rule seeks to control may not be any less »⁹. Le président avait affirmé déjà : « [...] that the penalty rule, as a rule of equity, is not to be circumvented by drafting devices [...] »¹⁰.

Quand la Chambre des Lords fut saisie du problème, en 1962, dans l'affaire *Bridge v. Campbell Discount Co. Ltd.*¹¹, les juges émisent des opinions différentes. En l'espèce, le locataire avait payé cent cinq livres sterlings (les arrhes) en exécution d'un contrat de vente-location

⁷ [1953] 1 Q.B. 86.

⁸ [1961] N.I. 192.

⁹ [1961] N.I. 207.

¹⁰ [1961] N.I. 206.

¹¹ [1962] A.C. 600.

d'une voiture, et versé en plus un acompte. Il écrit par la suite au propriétaire pour l'informer qu'il ne peut poursuivre les paiements, et il rend la voiture. Une stipulation du contrat permettait au locataire de mettre un terme au louage au moyen d'une mise-en-demeure écrite adressée au propriétaire. Une autre stipulation établissait que, si la transaction se terminait avant que la voiture n'appartienne au locataire, ce dernier devait payer au propriétaire, « comme compensation convenue pour la dépréciation de la voiture », un montant équivalent (après addition de ce qu'il avait déjà payé) aux deux tiers de la valeur totale de la voiture. Lord Simonds a jugé que le dépositaire avait exercé sa faculté de mettre fin au contrat, qu'il ne l'avait pas rompu. Par conséquent, à son avis, la cour n'avait pas la compétence en *equity* d'annuler l'obligation de payer. Lords Norton, Radcliffe et Devlin décidèrent qu'il n'était pas de l'intention du dépositaire d'exercer cette faculté de mettre fin au contrat, mais qu'il avait plutôt bel et bien répudié celui-ci. Cette répudiation constituant une rupture de contrat, la stipulation du paiement formait donc une *penalty* que ces magistrats annulèrent. D'après Lord Denning, enfin, même si le dépositaire avait exercé sa faculté de mettre fin au contrat, la stipulation était une *penalty*. La stipulation ne touchait pas véritablement la « dépréciation convenue », mais elle constituait une compensation pour les versements qui ne seraient pas faits. Le contrat, au surplus, aurait eu pour conséquence d'obliger le dépositaire à payer les deux tiers du prix coûtant de la voiture, pour l'avoir utilisée pendant deux mois. Lord Denning fait remarquer : « Let no one mistake the injustice of this. It means that equity commits itself to this absurd paradox : it will grant relief to a man who breaks his contract but will penalize the man who keeps it. If this be the state of equity today, then it is in sore need of an overhand so as to restaure its first principles. But I am quite satisfied that such is not the state of equity today ».

Néanmoins, si l'on en juge par la jurisprudence rendue depuis 1962, on peut à la rigueur conclure que telle est bien pourtant la condition actuelle de l'*equity* sur ce point. Dans la cause anglaise la plus récente (1967) à ce sujet, il a été décidé par M. le juge Harman, de la Cour d'appel ¹² : « [...] I do not think you can have a penalty without a breach of contract [...] ». L'affaire *Galbraith v. Mitchenell Estates Ltd.* ¹³, de 1965, mit en cause le louage d'une roulotte pour une période de cinq ans. Le prix de détail de la roulotte était de mille cinquante livres sterling. Le locataire paya d'abord cinq cent cinquante livres et dix shillings : le contrat stipulait pour la suite une redevance mensuelle de

¹² *United Dominions Trust (Commercial) Ltd. v. Ennis*, [1967] 3 W.L.R. 1, 9.

¹³ [1965] 2 Q.B. 473.

douze livres et dix shillings. Il habita ensuite la roulotte pendant quatre mois, mais ne fit aucun autre versement. Le propriétaire décida alors de reprendre sa roulotte, (celle-ci valait à ce moment-là environ huit cents livres) et, suivant les termes du contrat de louage, retint le paiement initialement effectué par le locataire. Ce dernier a poursuivi le propriétaire pour recouvrer les cinq cent cinquante livres et demie, mais M. le juge Sachs a décidé que la règle au sujet des *penalties* ne devait pas être invoquée, parce que ce montant n'avait pas été payé par suite d'une rupture de contrat.

En donnant préséance à la signification d'un document plutôt qu'à sa rédaction, l'*equity* se distingue encore de la *common law*. En effet, d'après ce dernier système, qui régleme les transferts d'immeubles, il faut utiliser des termes techniques pour forcer l'exécution de certaines intentions ; en revanche l'emploi de tel terme entraîne nécessairement un résultat donné, même si le cédant ne l'a pas désiré. La règle de l'*equity*, quant à l'interprétation des testaments et des contrats, consiste à rechercher l'intention du testateur ou du débiteur. Les juges tentent d'attribuer aux mots une signification conforme à leurs désirs.

Une dernière distinction se retrouve enfin dans l'attention que portent les tribunaux jugeant en *equity*, à la manière suivant laquelle les signataires du contrat en sont arrivés à leur accord apparent. Suivant la *common law*, si les parties paraissent être d'accord et s'il semble qu'elles ont eu l'intention de contracter, le contrat est valide, à moins qu'il n'y ait eu contrainte, menaces ou tromperie. A la *Court of Chancery*, par contre, les juges peuvent annuler le contrat s'il y a eu abus de confiance, contrat léonin donnant lieu à de criantes inégalités entre les signataires, déclaration mensongère ou erreur involontaire. La conception de l'*equity*, au sujet de la fraude, comprend des cas qui débordent les cadres normaux prévus par la *common law*. Elle englobe même un principe unique d'interprétation des lois écrites, voulant qu'en cas de fraude, les moyens de l'*equity* soient valables, même à l'encontre d'un texte de la loi ¹⁴.

L'ouverture aux moyens de l'*equity* est sujette à la discrétion du juge

Arrêtons-nous maintenant à un autre genre de distinction entre la *common law* et l'*equity*. Lorsque la violation d'un droit foncier a été constatée suivant la *common law*, la partie lésée possède tout naturellement un droit corrélatif de recours. Mais les moyens de l'*equity* restent

¹⁴ Ainsi le déclarait Lord Parker, le Grand Chancelier d'Angleterre, dans *Viscountess Montacute v. Maxwell*, (1720) 1 P. Wms. 618, 620.

à la discrétion du juge. Par exemple, il n'y a pas de moyens, en *equity*, s'il existe un recours suffisant en *common law*, ou si le demandeur est un plaideur téméraire. De plus, les ordonnances du tribunal peuvent être conditionnelles. Il ne faut pas croire toutefois que l'ouverture des moyens d'*equity* soit sujette au bon vouloir du juge. Les cours ont élaboré des principes bien détaillés à ce propos.

L'un d'eux s'appelle, dans le jargon juridique, le *clean hands doctrine*, ce qui signifie que celui qui invoque l'*equity* doit être lui-même sans reproche. Ce principe a ainsi empêché un demandeur de recouvrer ses biens lorsqu'il les avait donnés à sa femme pour frauder ses créanciers¹⁵, ou, encore, lorsqu'il l'avait fait pour éluder une législation fiscale étrangère¹⁶. Dans l'affaire *Duchess of Argyll v. Duke of Argyll*¹⁷, en 1967, la demanderesse, déjà divorcée d'avec le défendeur, a demandé au tribunal l'émission d'une injonction contre ce dernier, lui enjoignant de ne plus publier d'articles au sujet de leur vie conjugale. Le défendeur a suggéré que la demanderesse devrait être déboutée, parce qu'elle s'était comportée d'une manière immorale pendant qu'ils étaient mariés. Le juge a émis l'injonction en disant¹⁸ : « A person coming to Equity for relief [...] must come with clean hands ; but the cleanliness required is to be judged in relation to the relief that is sought ».

Un autre principe du même genre peut s'énoncer comme suit : « Celui qui recherche l'*equity* doit agir avec équité ». Par exemple, si le juge annule un contrat, le demandeur doit rendre au défendeur tout ce qu'il a reçu d'après ce contrat. Il s'agit d'une espèce de restitution de biens à la suite d'un enrichissement sans cause.

On retrouve enfin le principe du *laches*, voulant qu'un retard injustifié de faire appel à l'*equity* frappe ce droit de forclusion. La négligence ou le délai non motivé de faire valoir un droit entraîne la déchéance, car on présume que le débiteur a de ce fait subi un préjudice¹⁹.

Effacement de l'*equity* comme source du droit

Les principes du droit se développent, d'une part, par la législation du Parlement, et, d'autre part, par le *judge made law*, à partir des cas nouveaux présentés devant les tribunaux. Les deux méthodes se sont parfois révélées également acceptables, bien que juges et avocats se soient plaints que la législation du Parlement troublait malencontreusement la

¹⁵ *Gascoigne v. Gascoigne*, [1918] 1 K.B. 223.

¹⁶ *Re Emery's Investment Trusts*, [1959] Ch. 410.

¹⁷ [1967] Ch. 302.

¹⁸ [1967] Ch. 332.

¹⁹ Voir : *Lindsay Petroleum Co. v. Hurd*, (1874) L.R. 5 P.C., 221.

pureté de la jurisprudence. Au cours des dix-neuf et vingtième siècles, alors que s'accroissait la représentativité du Parlement, plusieurs ont considéré que l'établissement des politiques et la réforme du droit constituaient les tâches principales des élus du peuple. Dès lors, les juges, qui sont des experts non représentatifs, et qui ne doivent rendre compte à personne, ne peuvent que constater le droit actuel et l'appliquer conformément aux décisions judiciaires précédentes. On ne peut pousser ce principe du partage des fonctions jusqu'à la dichotomie complète. L'évidence reste tout de même que, pendant la première moitié du vingtième siècle, on a trouvé plus de magistrats qu'au dix-septième, pour dire : « Tel est le droit ; s'il n'est pas acceptable, sa réforme dépend du Parlement ». Quant à ce dernier, il n'a pas souvent travaillé avec diligence, et encore moins d'une manière systématique. La réforme du droit par sa législation s'accélère cependant, et la *Law Commission* (Commission gouvernementale pour la réforme du droit), récemment constituée, pourrait rendre ce procédé scientifique. Mais les juges n'ont jamais cessé tout à fait de développer le droit, et dans le domaine de l'*equity*, le *Master of the Rolls* actuel (c'est-à-dire Lord Denning, qui préside un des bancs de la Cour d'appel) a introduit quelques nouveautés dont je ne retiens que deux exemples.

L'une de ces nouveautés concerne ce qui s'appelle en anglais, l'*equitable estoppel*. L'ancienne règle de l'*estoppel* déclarait irrévocable qu'on retourne sur une déclaration ou une dénégation de faits dont l'existence avait été affirmée antérieurement, lorsqu'une telle attitude portait préjudice aux personnes qui s'y étaient fiées ou en avaient tenu compte. Il s'agit bien là d'une règle actuelle. Grâce à Lord Denning cependant, nous connaissons maintenant une nouvelle espèce d'*estoppel*, qui donne force obligatoire à une promesse lorsque son bénéficiaire y a prêté foi pour agir²⁰. Le second exemple touche le cas de la *licence*, c'est-à-dire l'autorisation, pas nécessairement écrite, d'occuper le bien-fonds de quelqu'un d'autre. Le propriétaire permet alors cette *licence*, sans qu'il y ait eu vente ou louage, de sorte que, suivant cette nouvelle *equity* (à l'encontre de l'ancienne *common law*), la personne autorisée ne risque pas l'éviction. Ce principe a fortement influencé les lois touchant la réglementation des loyers. Les tribunaux l'ont aussi utilisé pour protéger les femmes abandonnées qui demeurent dans des maisons dont leurs maris sont propriétaires ; mais la Chambre des Lords, timide, a passé outre à ces décisions²¹.

²⁰ Voir particulièrement *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.*, [1947] K.B. 130.

²¹ Voir : *National Provincial Bank Ltd. v. Hastings Car Mart Ltd.*, [1965].

Ces innovations, ces retraites et ces doutes se sont accompagnés de quelques cas d'immobilisme. Quelquefois, une décision judiciaire voulant qu'un pouvoir particulier n'existe pas en *equity*, ou qu'il y soit circonscrit, a été suivie par la législation créant ou augmentant tel pouvoir. Le Parlement a décrété de telles lois, même lorsque les juges s'étaient refusé un pouvoir discrétionnaire. Ainsi, la Chambre des Lords, en 1954, a décidé que les cours n'avaient que des pouvoirs très limités pour modifier les titres des bénéficiaires d'un trust²². La *Variation of Trusts Act, 1958* (c'est-à-dire la loi de 1958 sur la modification des trusts) a par contre donné aux juges la faculté de les modifier. Cette loi-ci, et quelques autres, portent à croire que la discrétion judiciaire ne répugne pas au Parlement. Peut-être trouve-t-il agréable que le développement du droit, les dispositions de droit pénal mises à part, s'opère par l'intermédiaire des tribunaux. Le problème essentiel relié au *judge made law* ne se rattache pas tellement au caractère non-démocratique des juges, mais bien plutôt au besoin de réconcilier le but poursuivi par la justice en décidant des causes individuelles avec celui de la certitude du droit général. C'est là un problème commun à l'*equity* et à la *common law*.

²² *Chapman v. Chapman*, [1954] A.C. 429.