

## NORMALISATION DU VOCABULAIRE DU DROIT DES CONTRATS

### DOSSIER DE SYNTHÈSE

par Sylvette Savoie Thomas et Gérard Snow

#### Groupe *performance*

#### TERMES EN CAUSE

*execution*

*failure in performance*

*failure of performance*

*failure to perform*

*non-performance*

*performance*

*substantial failure in performance*

*substantial failure of performance*

*substantial performance*

*total performance*

#### MISE EN SITUATION

Dans le cadre des travaux de normalisation du vocabulaire du droit des biens, les équivalents qui suivent ont été normalisés :

*execution* [5°]; *performance*

exécution

*non-performance*

inexécution

*substantial performance*

exécution substantielle

Dans le dossier précédent (CTTJ contrats 17), nous avons proposé « contrepartie substantielle » pour *substantial consideration*. De plus, les termes qui suivent, traités dans le dossier CTTJ contrats 10, sont en voie de normalisation :

*failure of consideration*

défaillance de contrepartie

*partial failure of consideration*

défaillance partielle de contrepartie

*total failure of consideration*

défaillance totale de contrepartie

#### ANALYSE NOTIONNELLE

Le terme *performance* est défini ainsi à la p. 1349 du vol. 2 de la 2<sup>e</sup> éd. du *Jowitt's Dictionary of English Law* :

With reference to a contract [...], **performance** is the act of doing that which is required by the contract [...]. The effect of performance [...] is to discharge the person bound to do the act from liability [...].

L'extrait qui suit tiré de *Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases*, 4<sup>e</sup> éd., p. 967, illustre bien la synonymie qui existe entre *performance* et une des acceptions de *execution* (que nous appellerons *execution*<sup>1</sup> pour les besoins du lexique des contrats et des délits, pour le distinguer du sens de passer un contrat, lequel deviendra *execution*<sup>2</sup>) :

With reference to a contract the word "execution" can be ambiguous. Where an arbitration award referred to "the execution of the contract" it was held to mean **execution** in the sense of the **performance** of the contract rather than execution in the sense of the making of the contract.

Voici un contexte pour *failure of performance* tiré du par. 1616 du vol. 1 de la 25<sup>e</sup> éd. de *Chitty on Contracts* :

**Failure of performance**, whether total or partial, may in certain circumstances entitle the other party to the contract to treat the contract as discharged. But this is not necessarily the case, and difficult questions of fact and law may arise.

On trouve aussi la variante *failure in performance*, constatée dans l'extrait de Treitel plus loin.

Voici comment est défini *failure to perform* dans le *Black's Law Dictionary*, 8<sup>e</sup> éd., à la p. 632 :

A party's not meeting its obligations under a contract.

Il nous paraît clair que les termes *failure of performance*, *failure in performance* et *failure to perform* sont synonymiques. Le sont-ils également par rapport à **non-performance**? La définition suivante de ce terme dans le *Canadian Law Dictionary* de Yogis, à la p. 147, pourrait nous le faire croire :

Generally, the failure to keep the terms of a contract[,], rendering the party failing to do so liable to the innocent party in damages for breach of contract.

Cependant, on constate une différence importante entre *failure of performance*, qui peut être *total* ou *partial*, et *non-performance*, qui constitue un *total failure of performance*.

La **substantial performance** est une exécution partielle qui couvre néanmoins les éléments essentiels du contrat :

Performance of the primary, necessary terms of an agreement.  
*Black's Law Dictionary*, 8<sup>e</sup> éd., p. 1174.

Exists where a contract has been carried out in all its essentials and only technical or unimportant omissions or defects have occurred.

Dukelow and Nuse, *The Dictionary of Canadian Law*, p. 1042.

Elle se distingue notamment de la *total performance*.

La *substantial failure in/of performance* est celle qui prive le cocontractant de l'essentiel de ce que le contrat devait lui apporter, comme le montre les passages suivants de Treitel, *The Law of Contract*, 6<sup>e</sup> éd. :

It has been suggested that breach of warranty may justify rescission where it leads (or amounts) to a **substantial failure in performance**. (p. 603)

The question when a failure in performance "substantially" deprives a party of what he bargained for, or (as it is sometimes put) "frustrates" his purpose in making the contract gives rise to great difficulty. [...] It is submitted that the courts, in applying the general requirement of **substantial failure**, generally classify a **failure in performance** with an eye on the consequence. (p. 577-578)

L'extrait suivant de *Chitty on Contracts*, par. 1402 du vol. 1 de la 25<sup>e</sup> éd., fait le lien entre *substantial performance* et *substantial failure in/of performance* :

The main exception to the principle that the partial performer of an entire contract cannot recover the agreed price is the doctrine of **substantial performance**; by this doctrine a **failure** to complete only an unimportant part of the plaintiff's obligation does not prevent his claim for the agreed price, subject to a counterclaim for damages which will go in diminution of the price.

## LES ÉQUIVALENTS

### *execution / performance*

Une seule traduction a été constatée pour *execution* et *performance* dans le sens visé ici : « exécution ». La traduction de ces termes a été normalisée dans le cadre des travaux de normalisation du vocabulaire du droit des biens. Le terme « exécution » est employé dans un sens similaire en droit civil. Nous ne remettons pas en question ce choix.

### *non-performance / failure in performance / failure of performance / failure to perform*

Dans le cadre des travaux de normalisation du vocabulaire du droit des biens, *non-performance* a été traduit par « inexécution ». Cette traduction normalisée nous paraissait juste. Cependant, à la suggestion de M<sup>e</sup> Joanne Léger-Daigle, le Comité a étudié la possibilité de rendre *non-performance* par « non-exécution ».

Le *Robert* recense effectivement le mot « non-exécution » comme terme juridique, qu'il définit ainsi: « Défaut d'exécution. » Et c'est d'ailleurs la même définition qu'il donne à «inexécution» au sens juridique, tandis qu'au sens général (v.g. « L'inexécution de ses

projets »), « inexécution », défini comme une « absence d'exécution », reçoit la marque 'Rare'. Étrangement, malgré l'identité des définitions, le *Robert* ne fait aucun renvoi analogique ou synonymique entre « inexécution » et « non-exécution ».

Le *Trésor* recense également ces deux termes et, comme le *Robert*, reconnaît à «inexécution» un sens général et un sens juridique. Il leur donne cependant des définitions différentes. Alors que « non-exécution » (qu'il ne catégorise pas comme un terme juridique) est défini comme le « fait que quelque chose ne soit pas ou n'ait pas été exécutée », «inexécution» est défini ainsi:

Fait de ne pas remplir ou de ne remplir que partiellement une obligation à laquelle on est tenu. Synon. inobservation. *Inexécution d'un contrat, d'une loi, d'un testament, d'un traité.* « *La donation entre-vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite.* » (Code civil, 1804, art. 953, p. 173). « *Sont dispensés de la deuxième période de la première réserve les sapeurs-pompiers qui ont contracté un engagement de cinq ans dans un corps régulièrement constitué. En cas d'inexécution de l'engagement contracté, le sapeur-pompier sera rappelé pour exécuter la période dont il aurait été dispensé.* » (J.O., Loi rel. recrut. arm., 1928, p. 3817.)

Ce qui frappe dans les définitions du *Trésor* est le fait que « non-exécution » désignerait une absence (totale) d'exécution tandis que « inexécution » pourrait s'employer même en cas d'exécution partielle.

Même si le *Robert* considère « non-exécution » comme un terme juridique, les grands dictionnaires de droit civil (MCGILL et CORNU) ne font aucune mention de ce terme. Les définitions qu'ils donnent tous deux à « **inexécution** », par ailleurs, vont dans le même sens que le *Trésor*. Voici d'abord celle de MCGILL (*Dictionnaire de droit privé – Les obligations*, 2003, p. 185) :

Fait de ne pas exécuter une obligation. (...) **Rem. 1°** (...) L'inexécution peut être totale ou partielle (...).

Et voici celle de CORNU :

Non-accomplissement d'une obligation qui peut être total ou partiel (...).

McGill propose pour « inexécution » les équivalents anglais suivants (en droit civil, il va de soi) : *default in performance, inexecution, non-fulfilment, non-performance*, et pour « inexécution du contrat » : *non-performance of the contract*.

À la lumière de tout cela, nous sommes maintenant d'avis qu'il serait avantageux de rendre *non-performance* plus univoquement par « non-exécution ».

Quant au terme *failure to perform*, le *Vocabulaire de la common law, tome V : Contrats* l'a rendu par « inexécution ». Compte tenu de la nuance dont nous avons fait état dans la partie ANALYSE NOTIONNELLE, nous proposons de traduire *failure in performance, failure of performance* et *failure to perform* différemment de *non-performance*.

Nous avons discuté du terme *failure* dans un dossier précédent (CTTJ 10 – *failure of consideration*). Dans l'expression *failure of consideration*, *failure* signifiait que la contrepartie (qui existait au départ) était devenue sans valeur, invalide ou avait cessé d'exister. Il fallait distinguer *failure of consideration* de *want of consideration* (auquel cas il n'y a jamais eu de contrepartie). Nous avons décidé de rendre le premier par « défaillance de contrepartie » et le second par « défaut de contrepartie ».

Dans les expressions *failure in performance* et *failure of performance*, par contre, *failure* évoque le fait qu'une partie au contrat a omis de s'acquitter (totalement ou partiellement) de ses obligations. Contrairement au cas de la contrepartie, il n'y a pas, ici, de *failure* qui se distinguerait d'un *want*.

Par souci d'uniformité, on pourrait de nouveau rendre *failure* par « défaillance », mais ce ne serait pas naturel, à notre avis. On pourrait aussi employer « défaut d'exécution », courant en droit civil, même si le mot « défaut » sert par ailleurs à rendre *want* dans *want of consideration*. Tout compte fait, la meilleure solution nous semble « inexécution », terme qui admet, tout comme en droit civil, la possibilité d'un défaut partiel d'exécution.

Le Comité est donc d'avis de rendre *failure in performance*, *failure of performance* et *failure to perform* par « inexécution ».

#### *substantial performance / substantial failure in/of performance*

Rappelons que la traduction « **exécution substantielle** » a été normalisée dans le cadre des travaux de normalisation du vocabulaire du droit des biens. Cette traduction nous paraît justifiée, d'autant que nous avons proposé « contrepartie substantielle » pour *substantial consideration*.

La seule traduction que nous avons constatée pour *substantial failure in/of performance* est « important défaut d'exécution ». Cependant, puisque nous proposons de rendre *failure in/of performance* et *failure to perform* par « inexécution » et *substantial performance* par « exécution substantielle », il serait donc logique de rendre *substantial failure in performance* et *substantial failure of performance* par « **inexécution substantielle** ». C'est d'ailleurs ce que nous recommandons.

#### *total performance*

Deux traductions ont été constatées pour rendre cette expression : « exécution intégrale » et « exécution complète ». Nous recommandons cependant « **exécution totale** » qui nous semble mieux convenir.

## TABLEAU RÉCAPITULATIF

<p><b>execution<sup>1</sup>; performance</b></p> <p>ANT non-performance</p>	<p><b>exécution (n.f.)<sup>N</sup></b></p> <p>ANT non-exécution</p>
<p><b>failure in performance; failure of performance; failure to perform</b></p> <p>NOTE May be total or partial.</p> <p>See also non-performance</p>	<p><b>inexécution (n.f.)</b></p> <p>NOTA Peut être totale ou partielle.</p> <p>Voir aussi non-exécution</p>
<p><b>non-performance</b></p> <p>NOTE Denoting a total failure of performance.</p> <p>See also failure in performance; failure of performance; failure to perform</p> <p>ANT execution<sup>1</sup>; performance</p>	<p><b>non-exécution (n.f.)<sup>*</sup></b></p> <p>NOTA S'agissant d'une inexécution totale.</p> <p>Voir aussi inexécution</p> <p>ANT exécution</p>
<p><b>substantial failure in performance; substantial failure of performance</b></p> <p>See failure in performance; failure of performance; failure to performe</p>	<p><b>inexécution substantielle (n.f.)</b></p> <p>Voir inexécution</p>
<p><b>substantial performance</b></p> <p>ANT total performance</p>	<p><b>exécution substantielle (n.f.)<sup>N</sup></b></p> <p>ANT exécution totale</p>
<p><b>total performance</b></p> <p>ANT substantial performance</p>	<p><b>exécution totale (n.f.)</b></p> <p>ANT exécution substantielle</p>

\* proposé en remplacement de l'équivalent normalisé antérieurement en droit des biens : « inexécution »