

Bureau de dépôt : BRUXELLES X
76^e année

Troisième trimestre 1999

INSTITUT BELGE DE DROIT COMPARÉ

22 SEP. 1999

REVUE
DE
Droit international
ET DE
Droit comparé

PARAIT TRIMESTRIELLEMENT

BRUYLANT
BRUXELLES

SOMMAIRE

de la livraison n° 3 de 1999

DOCTRINE

	PAGES
Le « Gentlemen's agreement » dans la théorie du droit et la pratique contemporaine E. DIRIX	223
Migrations juridiques de la bonne foi Fr. R. VAN DER MENSBRUGGHE	246
La réforme de la responsabilité du fait des produits en Louisiane : un retour vers la faute L. BERNARDEAU	290

INFORMATION ET DOCUMENT

Aperçu sur les sociétés holdings en droit luxembourgeois St. LE GOUÉFF et Fr. SCHAFFNER	307
---	-----

BIBLIOGRAPHIE

Notices	323
---------------	-----

MIGRATIONS JURIDIQUES DE LA BONNE FOI (*)

PAR

Fr. R. VAN DE MENSBRUGGHE

Assistant à la Faculté de droit de Namur (FUNDP)

« a glimpse into the households of our neighbors serves the better to illuminate our own, as when by pressing hard against the pane we see not only the object on the other side but our own features reflected in the glass » ⁽¹⁾.

Beaucoup — presque tout — a été écrit sur la bonne foi. En droits belge et français, cette notion se décline sur de multiples registres et s'offre à d'innombrables interprétations. Hormis le droit civil des obligations, elle connaît des applications dans bien d'autres domaines (droit judiciaire, droit des saisies, droit des sociétés, droit administratif...) ⁽²⁾, au point d'être reconnue comme principe

(*) Les commentaires sur cet article sont les bienvenus. L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante : Faculté de droit de Namur (F.U.N.D.P.), 5 Rempart de la Vierge, B-5000 Namur, Belgique, <francois.vandermensbrugghe@fundp.ac.be>. Je tiens à remercier Willy Cassiers, Xavier Dijon, Yves Pouillet, Xavier Thunis, et Patrick Wéry pour leurs corrections et commentaires. Naturellement, je suis seul responsable du contenu de ce texte.

(1) P.A. FREUND, « A Supreme Court in a Federation : Some Lessons From Legal History », 53 *Columbia Law Review*, pp. 597-619, p. 597 (1953).

(2) Cette contribution n'entend développer la bonne foi que dans le droit des contrats. Sur les applications variées de la bonne foi en droit belge, cfr. S. STJNS, D. VAN GERVEN, et P. WÉRY, « Les obligations : des sources (1985-1995). Chronique de jurisprudence », *J.T.*, pp. 689-752, p. 701 ; *La bonne foi* (sous la direction de M^{me} S. DAVID-CONSTANT), Liège, Éditions du Jeune barreau de Liège, 1990 ; *La bonne foi, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLIII, Paris, Litec, 1992. Sur les applications variées de la bonne foi en droit anglais (*administrative law, company law, law of tort, law of trusts and property*), cfr. J.F. O'CONNOR, *Good Faith in English Law*, Aldershot, Dartmouth Publishing Co., 1990.

général de droit ⁽³⁾. En tant qu'expression d'un devoir général de loyauté et d'honnêteté, la bonne foi constitue « une mer sans rivages » ⁽⁴⁾. Pour y naviguer, il faut savoir braver les tempêtes.

Si la bonne foi suscite tant d'intérêt sur le plan national, elle fascine aussi le comparatiste ⁽⁵⁾. Davantage que beaucoup d'autres notions, la bonne foi illustre le travail d'adaptation et de sédimentation des droits nationaux, ses assises avec la culture et son rapport particulier avec le génie de chaque nation. Nonobstant, le droit connaît aujourd'hui un espace de régionalisation, voire de mondialisation croissant. Aujourd'hui, la bonne foi se transporte et se greffe de système juridique en système juridique au gré de l'adoption de telle directive ou de telle convention internationale. Ce faisant, la bonne foi éclaire de manière particulièrement aiguë le phénomène migratoire des concepts juridiques avec ses emprunts — parfois douloureux — entre systèmes de droit ⁽⁶⁾.

(3) Sur la bonne foi comme principe général de droit, cfr. P. VAN OMME-SLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *R.G.D.C.*, 1987, pp. 101-112 ; F. DOMONT-NAERT, « Obligation de renseignement et confiance légitime », *R.D.C.*, 1986, pp. 109-114, p. 112, n° 3 ; J.L. FAGNART, « L'obligation de renseignement du vendeur-fabricant », *R.J.C.B.*, 1983, pp. 228-259, p. 237, n° 16 ; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats », *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1980, pp. 17-83, p. 21, n° 3 (et spéc. note 12) ; X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995. Notons toutefois que la Cour de cassation a expressément décidé qu'un principe général de bonne foi, dérivé de l'exécution de bonne foi des conventions, n'existait pas en droit belge : cfr. Cass., 26 mars 1980, *Pas.*, 1980, I, 915. Quelques années plus tard, la Cour de cassation a tout de même reconnu que l'apparence, fondée sur une croyance légitime de la victime, pouvait entraîner une obligation de réparation : cfr. Cass., 20 juin 1988, *J.T.*, 543, note P.A. FORIERS.

(4) S. DAVID-CONSTANT, « La bonne foi : une mer sans rivages », in *La bonne foi* (sous la direction de M^{me} S. DAVID-CONSTANT), *op. cit.* (note 2), pp. 7-16.

(5) Sur la bonne foi en droit comparé, cfr. F. RANIERI, « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law », *Revue internationale de droit comparé*, 1998, pp. 1055-1092, et l'abondante bibliographie citée en note 1.

(6) Cfr. G. TEUBNER, « Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences », 61 *Modern Law Review* (January 1998), pp. 11-32.

Brosser un tableau de la bonne foi/good faith/goede trouw/Treu und Glauben⁽⁷⁾ à l'intention d'étudiants revient souvent à dresser une dichotomie simplificatrice entre systèmes juridiques où la bonne foi est reconnue (les pays ayant subi l'influence du droit romain) et systèmes juridiques où elle est virtuellement inconnue (les pays du *Common Law*⁽⁸⁾). En Angleterre, Lord Justice Bingham fait ressortir cette dichotomie dans un *dictum* célèbre lorsqu'il énonce en 1989 : « In many civil law systems, and perhaps in most legal systems outside the common law world, the law of obligations recognises and enforces an overriding principle that in making and carrying out contracts parties should act in good faith »⁽⁹⁾. Il ajoute : « English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle »⁽¹⁰⁾.

Comme de coutume, ces simplifications recouvrent une part de vérité et une part d'approximation. Là où le juriste belge pensait avoir affaire à une notion spécifiquement continentale, il a tôt fait de se rendre compte que la bonne foi traverse les frontières et plonge ses racines dans les valeurs de la plupart — sinon de tous les systèmes juridiques. S'il est indéniable que le droit anglais ne connaît pas à proprement parler de principe général de bonne foi,

(7) L'expression complète en allemand se lit : *Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte*. Sur cette notion en droit allemand et le § 242 du *Bürgerliches Gesetzbuch*, cfr. N. HORN, H. KÖTZ et H.G. LESER, *German Private and Commercial Law : an Introduction*, Oxford, Clarendon Press, 1982, chapitre 8 ; P. SCHLECHTRIEM, « Good Faith in German Law and in International Uniform Laws », conférence prononcée devant le *Centro di studi e ricerche diritto comparato e stranieri*, février 1997, <<http://www.cnr.it/CRDCS/schlechtriem.htm>> ; W.B. EBKE et B.M. STEINHAUER, « The Doctrine of Good Faith in German Contract Law », in *Good Faith and Fault in Contract Law* (ed. J. BEATSON et D. FRIEDMANN), Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 170 et seq.

(8) Le présent texte utilise indifféremment les expressions de « droit anglo-américain » ou de « Common Law ». Sur l'usage masculin de cette dernière expression, cfr. P. LEGRAND, « Pour le Common Law », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1992, p. 941.

(9) *Interfoto Library Ltd. Stiletto Ltd.* [1989] 1 QB 433, p. 439 : « Dans beaucoup de systèmes civilistes, et sans doute dans la plupart des systèmes juridiques étrangers au *Common Law*, le droit des obligations reconnaît et rend exécutoire un principe supérieur selon lequel, en concluant et exécutant les contrats, les parties doivent agir de bonne foi » (traduction personnelle).

(10) *Ibid.* : « De manière caractéristique, le droit anglais ne s'est nullement imposé un tel principe supérieur » (traduction personnelle).

il n'en est pas moins vrai que ce droit traite de notions apparentées. Ainsi, poursuivant ses réflexions, Lord Justice Bingham ajoute que le droit anglais « has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness »⁽¹¹⁾. Aucun système juridique ne rejette entièrement la bonne foi. Tous, peu ou prou, s'y réfèrent par des concepts ou vocables différents, illustrant la démarche — par nécessité — fonctionnelle du comparatiste. Dans ces conditions, la question se pose de savoir comment on parvient, par des voies différentes, au même résultat, à savoir assurer un standard de comportement loyal et honnête dans les relations contractuelles. La première partie de cette contribution entend aborder, à propos de la bonne foi, le problème de la prétendue imperméabilité des ordres juridiques (I). De manière à établir un juste équilibre avec une approche pratique de la matière, nous étudierons ensuite la bonne foi et ses équivalents fonctionnels en droit anglo-américain, au moment de la formation du contrat (II), et lors de son exécution (III).

I. — LA PRÉTENDUE IMPERMÉABILITÉ DES ORDRES JURIDIQUES

Tout système juridique produit et entretient son propre langage technique⁽¹²⁾. Il s'agit là d'« une exigence irréductible de la fonction du droit » puisque le droit appelle naturellement une démarche de précision⁽¹³⁾. Cette technicité du langage pose des problèmes d'autant plus aigus que l'on s'aventure sur le terrain miné de la comparaison. Le professeur Gutteridge de l'Université de Cambridge (1876-1953) exprimait ce danger, dès 1938, lorsqu'il mettait en garde ses étudiants contre les embûches de la terminolo-

(11) *Ibid.* : le droit anglais « a développé des solutions au cas par cas (*piecemeal solutions*) pour répondre aux problèmes manifestes d'injustice » (traduction personnelle).

(12) Cette technicité du langage du droit n'est pas sans inconvénients : cfr. A. GARAPON, *L'âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, éd. Le Centurion, 1985, pp. 124-126.

(13) G. CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, éd. Montchrestien, 1990, p. 24.

gie⁽¹⁴⁾. *A fortiori*, ces embûches se multiplient lorsque le comparatiste rencontre des notions peu techniques, mais combien chargées de valeurs, telle la bonne foi.

En droit belge ou français, la bonne foi est qualifiée de « norme ouverte »⁽¹⁵⁾, sinon de « notion-cadre »⁽¹⁶⁾. Il s'agit d'un concept aux contours flous, dont le juge est chargé d'éclairer le contenu⁽¹⁷⁾. Il ne peut être appréhendé de manière univoque. Aujourd'hui, l'on s'accorde à dire « [l]'épanouissement du principe de l'exécution de bonne foi des conventions a pour résultat que, dorénavant, l'on prête à l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, un rôle *normatif entre parties* et non plus une fonction purement *interprétative* »⁽¹⁸⁾. Schématiquement, la notion remplirait trois fonctions principales : interprétative, complétive (ou supplétive), et modératrice (ou dérogoire). Une quatrième fonction — modificatrice (ou adaptatrice) — de la bonne foi a été envisagée, en vue d'ouvrir la porte à la théorie de l'imprévision, mais cette fonction a été peu défendue en doctrine et condamnée par la Cour de cassa-

(14) D'après le célèbre comparatiste de Cambridge : « differences in the language of the law constitute not the least of the barriers which separate the various legal systems of the world. (...) I would, in fact, be disposed to assert that pitfalls of terminology are the greatest difficulty and danger which the student of comparative law encounters in his novitiate ». Cfr. H.C. GUTTERIDGE, « The Comparative Aspects of Legal Terminology », XII *Tulane Law Review*, 1938, pp. 401-411, p. 401 et p. 403.

(15) Cfr. M. HESSELINK, « Good Faith », in *Towards a European Civil Code* (ed. A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. DU PERRON), La Haye, Kluwer Law International, 1998, pp. 285-310, pp. 288-289 : « [Good faith] is not, like other rules, susceptible of subsumption since neither the facts to which it applies nor the legal effect that it stipulates can be established *a priori*. Good faith is therefore usually said to be an open norm, a norm the content of which cannot be established in an abstract way but which depends on the circumstances of the case in which it must be applied, and which must be established through concretisation » (*ibid.*, p. 289).

(16) L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », in *La bonne foi* (sous la direction de M^{me} S. DAVID-CONSTANT), *op. cit.*, pp. 17-154, p. 39. Cfr. aussi C. MASSE, « Rapport général — La bonne foi dans les relations entre particuliers. B. — Dans l'exécution du contrat » in *La bonne foi*, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, *op. cit.*, pp. 218-228, p. 221.

(17) V.R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. VI, Paris, Éd. Librairie Arthur Rousseau, 1931, n° 6. Il s'agit d'un « standard remis à l'application du juge ».

(18) S. STIJNS, D. VAN GERVEN, et P. WÉRY, « Les obligations : des sources (1985-1995). Chronique de jurisprudence », *op. cit.*, p. 701, n° 33.

tion belge. Ces différentes fonctions seront explicitées dans le cours de l'exposé⁽¹⁹⁾.

Si l'on adopte cette acception large de la bonne foi, il est indéniable que le droit anglais ne connaît pas — à proprement parler — de concept général de bonne foi. Il préfère les *piecemeal solutions...*⁽²⁰⁾. Sans doute est-ce là la marque — une de plus — du pragmatisme légendaire des Anglo-Américains et de leur méfiance congénitale à l'égard de l'abstraction. Des concepts *continentaux* tels que la bonne foi, la *cause*, ou encore *le service public*, leur paraissent mâtinés de subjectivisme et d'imprécision, et sont considérés avec la plus grande suspicion.

Pour mieux comprendre la position anglaise, il n'est pas inutile de se replonger dans le substrat idéologique qui sous-tend l'âge d'or, ou *age of principles*, du *Contract Law* anglais (la formule appartenant au professeur Atiyah : la période s'étend de 1770 à 1880⁽²¹⁾). Sur le plan économique domine une doctrine de *laissez-faire* absolu, telle que formulée par Jeremy Bentham, Adam Smith ou encore James Wilson⁽²²⁾. Sur le plan juridique, cette période se

(19) Pour plus de détails, cfr. S. STIJNS, D. VAN GERVEN, et P. WÉRY, « Les obligations : des sources (1985-1995). Chronique de jurisprudence », *op. cit.*, pp. 701 et seq. ; L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, pp. 47 et seq. ; P. VAN 'OMMESLAGHE, « Rapport général — La bonne foi dans les relations entre particuliers. A. — Dans la formation du contrat », in *La bonne foi*, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, *op. cit.*, pp. 25-58, pp. 28-29, n° 5.

(20) Roy Goode le précise bien : « [...] English law does not have anything equivalent to the general concept of good faith in the civil law ; we require good faith in particular situations ». Cfr. R. GOODE, « 'Good Faith' in English Law », conférence prononcée devant le *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e stranieri*, mars 1992, <<http://www.cnr.it/CRDCS/frames2.htm>>.

(21) Sur la période « classique » du *Contract Law* anglais, cfr. P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, *op. cit.* ; J. BEATSON et D. FRIEDMANN, « Introduction : From 'Classical' to Modern Contract Law », in *Good Faith and Fault in Contract Law*, *op. cit.*, pp. 3-21, p. 7. Aujourd'hui, ce découpage est contesté sur le plan historique : cfr. A.W.B. SIMPSON, « The Horwitz Thesis and the History of Contracts » 46 *University of Chicago Law Review* 533 (1979) ; J.L. BARTON, « The Enforcement of Hard Bargains » 103 *Law Quarterly Review* 118 (1987).

(22) Atiyah oppose l'*age of principles* (1770-1880) à l'*age of pragmatism* (1880-aujourd'hui). Sur l'individualisme anglais de la première moitié du 19^e siècle, cfr. P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon

caractérise par l'application stricte de la maxime *caveat emptor* ⁽²³⁾ et de la règle *pacta sunt servanda*. En Angleterre même, cette période attire un courant protestataire non négligeable comme en témoignent les œuvres bien connues de Charles Dickens (e.g. *David Copperfield* — 1849), Thomas Carlyle (e.g. *Past and Present* — 1843) ou encore de John Ruskin (e.g. *Unto this Last* — 1860). A l'étranger aussi, cet âge d'or anglais est sévèrement jugé. Sur ses voisins d'outre-Manche, Portalis considère sèchement : « Nous savons qu'il est des contrées où les idées de la saine morale ont été [...] obscurcies et étouffées par un vil esprit du commerce ». Pour qui en doutait encore, il précise en note qu'il s'agit de l'Angleterre ⁽²⁴⁾. Le professeur Atiyah pense pourtant que le principe de *good faith* était sur le point d'émerger en Angleterre à la fin du 18^e siècle ⁽²⁵⁾. Lord Mansfield ne s'y serait pas opposé, voire l'aurait encouragé comme l'atteste l'affaire *Catier v. Boehm*, jugée en 1766 ⁽²⁶⁾. En fin de compte cependant, l'âge d'or anglais — qui est sur le point d'apparaître — laisse peu de place à une notion aussi « paternaliste » que la *good faith* ⁽²⁷⁾. Il est vrai que le libéralisme au 19^e siècle ne se conçoit pas de la même manière en France et en Angleterre. En France, il est marqué du sceau de l'Etat et de

Press, Oxford, 1979, pp. 226-237. Sur James Wilson (rédacteur en chef de l'hebdomadaire anglais *The Economist*), cfr. SCOTT-GORDON, « The London Economist and the High-Tide of Laissez-Faire », 63 *Journal of Political Economy* 461 (1955).

(23) D'après Atiyah : « On peut dire que la doctrine de *caveat emptor* représente l'apothéose de l'individualisme du dix-neuvième siècle », in P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, op. cit., p. 464 (traduction personnelle). Encore faut-il préciser que cette doctrine n'a jamais été appliquée de manière absolue : « lorsque l'on examine la jurisprudence du dix-neuvième siècle, la réalité semble démontrer que le principe a été plus honoré dans son non-respect que dans son observance » : *ibid.*, p. 471 (traduction personnelle).

(24) P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIV, Osnabrück, Otto Zeller, 1968 (réimpression de l'édition de 1827), p. 119 et note (a).

(25) P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, op. cit., p. 168.

(26) Lord Mansfield énonce un *dictum* selon lequel la *good faith* constitue : « le principe qui gouverne... tous les contrats et affaires » (traduction personnelle). La phrase exacte prévoit que la *good faith* est le : « governing principle... applicable to all contracts and dealings » : cfr. *Carter v. Boehm* [1766] 3 Burr 1905, at 1910, 97 E.R. 1162, at 1164.

(27) L'expression est du professeur Atiyah : P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, op. cit., p. 168.

l'intérêt général ⁽²⁸⁾, en Angleterre, par l'individualisme et la *self-reliance* ⁽²⁹⁾.

Aujourd'hui encore, il arrive que la doctrine évoque une véritable *exception anglaise* qui répugnerait à la transposition de la bonne foi outre-Manche. Auteur d'un article paru dans la *Modern Law Review* en 1998, Gunther Teubner considère que : « [l]a culture économique anglaise ne semble pas constituer un terreau fertile pour l'éclosion de la bonne foi continentale » ⁽³⁰⁾. Pour étayer sa thèse, l'auteur de la *London School of Economics* s'appuie sur le fait que le Royaume-Uni, les Etats-Unis, l'Irlande, le Canada et la Nouvelle-Zélande feraient partie d'un groupe d'économies de marché, relativement non réglementées (*Liberal Market Economies*), tandis que le continent européen rassemblerait des économies dirigées (*Business Coordinated Economies*) ⁽³¹⁾. Au vu des régimes de production différents caractérisant ces deux groupes, Teubner soutient que la bonne foi n'aurait que peu de chances de voir le jour en Angleterre. Loin de se fondre dans le tissu juridique et économique anglais, une transplantation de la bonne foi mènerait tout droit à un phénomène de *répulsion* ⁽³²⁾.

La thèse, pour séduisante qu'elle paraisse, ne repose pas moins sur des assises fragiles. Dans bien des secteurs de l'activité économique, le Royaume-Uni et les Etats-Unis sont aussi réglementés que les Etats d'Europe occidentale, sinon plus ⁽³³⁾. Sur le plan juri-

(28) Sur cette question, on lira avec un intérêt particulier L. JAUME, *L'individu effacé (ou le paradoxe du libéralisme français)*, Paris, Fayard, 1997.

(29) P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, op. cit., pp. 278-283.

(30) G. TEUBNER, « Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences », op. cit., p. 27 (traduction personnelle). La phrase exacte se lit : « The British economic culture does not appear to be a fertile ground on which continental *bona fide* would blossom ».

(31) *Ibid.*, pp. 24-27. Pour illustrer le deuxième groupe, Teubner s'attarde sur le capitalisme rhénan.

(32) *Ibid.*, p. 27.

(33) Il n'est que de penser aux télécommunications ou aux autres *public utilities*. Cfr. G.J. MULGAN, *Communication and Control. Networks and the New Economies of Communication*, New York-London, The Guildford Press, 1991, p. 243. De façon générale, sur l'importance de la réglementation en Europe, cfr. « Festooned with red tape », *The Economist*, 21 octobre 1995, pp. 38-39. Sur la question aux Etats-Unis, cfr. « Over-regulating America », *The Economist*, 27 juillet 1996, pp. 19-21.

dique, les affirmations de Teubner font fi des équivalences fonctionnelles de la bonne foi. Du reste, l'auteur récuse l'existence même du fonctionnalisme⁽³⁴⁾. Tout en considérant que le fonctionnalisme constitue une simple hypothèse (*assumption*), en vogue aujourd'hui, il considère qu'il n'est pas valable comme méthode⁽³⁵⁾. Pareille prise de position n'emporte pas la conviction.

D'abord, le professeur Teubner n'avance guère d'argument décisif pour réfuter le fonctionnalisme. Pour l'essentiel, il se contente de renvoyer à une littérature tendant à démontrer que la mondialisation accentue les fractures entre nations. Plus fondamentalement, le rejet du fonctionnalisme par Teubner met un terme au droit comparé comme méthode et comme discipline. Sa position revient en effet à évacuer les *piecemeal solutions* évoquées par Lord Justice Bingham dans l'affaire *Interfoto* (*supra*)⁽³⁶⁾. Dans ces conditions, comparer les solutions propres à chaque système juridique devient un exercice superfétatoire puisque l'existence même de la différence rend impossible toute comparaison.

Sans s'y référer dans son article sur la *good faith*, la thèse de Teubner s'explique sans doute par la conception autopoïétique du droit qu'il partage avec Niklas Luhman⁽³⁷⁾. Cette conception

(34) G. TEUBNER, « Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences », *op. cit.*, pp. 12-13.

(35) *Ibid.*, p. 12.

(36) Une littérature abondante existe sur la démarche fonctionnaliste en droit comparé. Nous nous contentons ici de renvoyer à deux sources : J. KROPHOLLER, « Comparative Law, Function and Methods », *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1987, pp. 52-58 ; K. ZWIEGERT and H. KÖRTZ, *An Introduction to Comparative Law* (Second Revised Edition), Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 31.

(37) La théorie de l'autopoïèse est originellement l'œuvre de deux biologistes chiliens : Humberto Maturana et Francisco Varela. Du point de vue étymologique, l'expression réunit les deux mots grecs αὐτός ('auto' = soi-même) et ποιεῖν ('poïèse' = production, création). D'après Francisco Varela, l'autopoïèse se définit comme suit : « An autopoietic system is organized (defined as a unity) as a network of processes of production (transformation and destruction) of components that produces the components that : (1) through their interactions and transformations continuously regenerate and realize the network of processes (relations) that produced them ; and (2) constitute it as a concrete unity in the space in which they [the components] exist by specifying the topological domain of its realization as such a network ». Cfr. F.J. VARELA, *Principles of Biological*

envisage le droit comme un système dans lequel chaque composant participe à la production ou à la transformation des autres. Ce faisant, le système juridique se reproduit dans une circularité permanente puisque chaque composant agit — et se forme — par les autres⁽³⁸⁾. Il s'y établit « une sorte d'effet mécanique à l'intérieur d'une structure : un élément bouge, un équilibre se rompt, un autre se rétablit »⁽³⁹⁾.

Deux arguments peuvent néanmoins être opposés à l'autopoïèse. Le premier est que pareille conception du droit laisse peu de place à une réelle ouverture. Entendue de manière stricte, l'autopoïèse mène en effet à une imperméabilité du système juridique vis-à-vis de toute influence étrangère (ex. considérations morales ou sociales). L'on risque par ce biais d'en arriver à un positivisme exacerbé qui ne se différencie guère en fin de compte du normativisme kelsénien. Comme le souligne le doyen Carbonnier : « on ne voit pas [...] ce qui déclenche le mouvement, ni vers quoi il tend »⁽⁴⁰⁾.

Ensuite, la question demeure de savoir ce qu'est un système juridique. Au sens où l'entendent les comparatistes, il s'agit d'un ensemble de normes juridiques valides dans un contexte national déterminé. Ainsi, on qualifie le système juridique belge de civiliste,

Autonomy, New York, Elsevier (North Holland), 1979, p. 13. Pour un exposé succinct de l'autopoïèse dans l'œuvre de Maturana et Varela, cfr. R. WHITAKER, *The Observer Web Tutorial*, <<http://www.informatik.umu.se/~rwhit/Tutorial.html>>, 1996. Pour une approche de l'œuvre de Niklas LUHMANN, cfr. « L'unité du système juridique », *Archives de philosophie du droit*, Tome 31 (Le système juridique), Paris, Sirey, 1986, pp. 163-188. Pour une approche de l'autopoïèse dans l'œuvre de Teubner, cfr. T. ALLEN, « Can Computers Make Contracts ? », <<http://www.dur.ac.uk/Law/centre/hjolt.html>>, 1996.

(38) On lira avec intérêt l'analyse de J.-P. DUPUY, « Sur la prétendue autosuffisance du droit », *R.I.E.J.*, 1986, N° 16, pp. 1-32 ; G. ROMMEL, « Continuité éthique et politique de l'acte judiciaire de juger », in *Rendre justice au droit* (sous la direction de F.-X. DRUET et É. GANTY), Namur, Presses Universitaires de Namur (P.U.N.), 1999, pp. 215-233.

(39) J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F. (coll. Quadrige), 1994, p. 144.

(40) *Ibid.* Le doyen Carbonnier reconnaît néanmoins que « L'autopoïèse est fascinante parce qu'elle est mystérieuse » (*ibid.*).

tandis que le système juridique anglais participe de la famille du *Common Law* ⁽⁴¹⁾.

Pour les sociologues et tenants de l'autopoïèse, le terme 'système juridique' a une tout autre signification. Il s'agit d'un sous-système du système social, « dont la fonction principale est l'intégration ou le contrôle social » ⁽⁴²⁾. En plus des comportements sociaux qui ont un lien avec le droit, le système juridique intègre toute une dimension de communication sociale formée de symboles. Ainsi, l'espace judiciaire devient lui-même porteur d'ordre. Pour Johan Huizinga, « Il réalise dans l'imperfection du monde et la corruption de la vie, une perfection temporaire et limitée » ⁽⁴³⁾.

Le point de vue du professeur Teubner (plus largement, la théorie autopoïétique) fait courir le risque d'une confusion entre ces deux acceptions du terme 'système juridique'. Vu l'insistance avec laquelle l'auteur réfute toute transplantation de la bonne foi outre-Manche, ne glisse-t-on pas d'une acception vers l'autre ? Il semble bien que Teubner identifie système juridique(-national) avec système juridique(-sous-système social). La conséquence logique de cette confusion est que le droit se voit composé d'autant de réseaux auto-reproducteurs qu'il existe de systèmes juridiques nationaux. Puisque chaque système juridique s'auto-reproduit à partir de ses propres éléments, aucun système n'est censé rencontrer l'autre. Tous sont voués à évoluer dans leurs sphères respectives de développement circulaire. La démarche fonctionnaliste du comparatiste se voit condamnée dès le départ. Qui plus est, toute intégration juridique internationale (en ce compris, européenne) devient illusoire. La volonté du législateur européen de transposer la notion de bonne foi dans les différents systèmes juridiques nationaux, par le biais de la directive de 1993 sur les clauses abu-

(41) Sur les différences, en droit comparé, entre 'système juridique', 'tradition juridique', et 'famille juridique', cfr. P. DE CRUZ, *Comparative Law in a Changing World*, London, Cavendish Publishing Limited, 1995, chapitre 2.

(42) Cfr. A.-J. ARNAUD et M.J. FARIÑAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 2. Les auteurs ajoutent que « [c]ette fonction peut, à son tour, être subdivisée en fonction d'orientation des comportements et fonction de résolution des conflits » (*ibid.*).

(43) J. HUIZINGA, *Homo Ludens. essai sur la fonction sociale du jeu*, Paris, Gallimard, 1951, rééd. 1976, p. 30. Pour de plus amples développements sur l'espace judiciaire, en tant que symbole, cfr. A. GARAPON, *L'âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*, *op. cit.*, chapitre 2.

sives (*infra*), ne peut conduire, comme le soutient le professeur Teubner, qu'à un phénomène de *répulsion*. Les systèmes nationaux ne peuvent recevoir ce corps étranger, d'un autre système. Mais laissons-là ces controverses sur la démarche comparatiste et la théorie de l'autopoïèse pour revenir à la bonne foi.

II. — LA BONNE FOI DANS LA FORMATION DU CONTRAT

Trois questions retiendront notre attention dans la période de formation du contrat. D'abord, on s'attardera sur l'existence d'un devoir d'information dérivé de la bonne foi (A) ⁽⁴⁴⁾, avant d'examiner dans un deuxième temps la rupture déloyale de pourparlers et le concept anglo-américain de *promissory estoppel* (B) ⁽⁴⁵⁾. Enfin, il s'agira de comparer les notions de lésion qualifiée et d'*unconscionability* comme moyens d'éviter que se produisent des résultats contraires à l'équité (C).

A. Le devoir d'information — Duty of disclosure

Bien qu'il faille constater l'absence en droit belge et en droit français de toute disposition autonome imposant une obligation générale d'information ⁽⁴⁶⁾, une partie de la doctrine s'accorde pour dire que la bonne foi permet au juge d'imposer aux parties

(44) L'obligation d'information reçoit des appellations différentes (qui varient avec l'intensité de la connaissance à transmettre) : sur les distinctions entre devoir de renseignement, devoir de conseil, et devoir de mise en garde : E. DAVIO, note sous J.P. Wervik, 8 février 1994, *J.J.P.*, pp. 263-274, p. 264 ; Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996, p. 205, n° 250 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 7-10.

(45) Notons que la violation du devoir de renseignement, la rupture déloyale de pourparlers, et la lésion qualifiée relèvent tous trois de la *culpa in contrahendo* (*infra*). Nous avons voulu distinguer les trois questions afin de mieux mettre en relief les notions anglo-américaines de *duty of disclosure*, de *promissory estoppel*, et de *unconscionability*.

(46) Cfr. en droit belge S. STIJNS, D. VAN GERVEN, et P. WÉRY, « Les obligations : des sources (1985-1995). Chronique de jurisprudence », *op. cit.*, p. 711, n° 59. Cfr. en droit français Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, p. 207, n° 252 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, *op. cit.*, p. 315, n° 395 et p. 322, n° 401.

contractantes des obligations additionnelles — comme le devoir de renseignement — dans la formation du contrat ⁽⁴⁷⁾.

Reconnaissons toutefois que la jurisprudence belge n'est pas très abondante à ce sujet. Le professeur Denis Philippe, dans un rapport présenté à l'Association Henri Capitant, évoque deux décisions seulement : l'une de la Cour de travail d'Anvers de 1981 qui ne paraît pas décisive ⁽⁴⁸⁾, l'autre du juge de paix de Liège en date du 16 novembre 1990 ⁽⁴⁹⁾. Les faits de cette dernière affaire sont suffisamment remarquables pour qu'on les relate en détail. En l'occurrence, un bail est consenti à un jeune couple par la ville de Liège. L'appartement est en mauvais état locatif au moment de la prise de possession par les locataires. Rapidement, il devient inhabitable en cours de bail, au point d'obliger les locataires à déloger pendant trois mois. Des canalisations extérieures se sont en effet rompues par le gel, entraînant la privation d'eau courante et l'impossibilité d'évacuer les eaux usées. Les preneurs cessent momentanément de payer les loyers, puis remettent eux-mêmes en état les canalisations d'arrivée d'eau courante et de décharge. Se pose alors la question de savoir si l'exception d'inexécution mise en application par les locataires en cours de bail peut se justifier au regard du trouble de jouissance qu'ils ont subi. La réponse à cette question dépend en large partie de la détermination des obligations respectives mises à la charge des parties dans le contrat de bail. Or ce dernier fait apparaître une clause d'un juridisme abscons pour le non-initié. Aux termes de cette clause : « le bailleur ne supportera que les frais d'entretien des toitures et corniches ainsi que les grosses réparations au sens donné à cette expression dans la matière de l'usufruit ». Peut-on, dans ces conditions, parler de *bail classique* ⁽⁵⁰⁾ ? Non, car il s'agit manifestement d'une dérogation au

(47) En droit belge, cfr. F. DOMONT-NAERT, « Obligation de renseignement et confiance légitime », *op. cit.*, p. 112, n° 3 ; D. PHILIPPE, « Rapport belge — La bonne foi dans les relations entre particuliers. A. — Dans la formation du contrat », in *La bonne foi, Travaux de l'Association Henri Capitant*, *op. cit.*, pp. 61-76, pp. 64-65, n° 3.1 ; J.L. FAGNART, « L'obligation de renseignement du vendeur-fabricant », *op. cit.*, n° 16.

(48) Cour Travail Anvers, 14 janvier 1981, *J.T.T.*, 1981, p. 299.

(49) J.P. Liège, 16 novembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1273.

(50) L'expression de « bail classique » est utilisée dans les conclusions de la ville de Liège pour soutenir sa position.

droit commun, qui aggrave la situation du locataire ⁽⁵¹⁾. Pour le juge de paix de Liège, le jeune couple a été dupé par cette disposition ⁽⁵²⁾. « Seul un juriste de niveau universitaire peut avoir conscience de la portée de cette restriction ». Le juge ajoute : « [l]a loyauté interdit à toute partie d'induire son cocontractant en erreur sur l'étendue de ses obligations. Le devoir d'information est une première manifestation de la bonne foi dans le contrat ». Concrètement, il est décidé que la ville de Liège a gravement manqué aux obligations essentielles du bailleur et que l'exception d'inexécution se justifie (rappelons au passage que l'*exceptio non adimpleti contractus* est subordonnée... à la bonne foi de l'*excipiens* ⁽⁵³⁾). Le jugement illustre, et c'est suffisamment rare pour le noter, l'extension du principe d'exécution de bonne foi des conventions, consacré par l'article 1134, alinéa 3 du Code civil belge, à la formation du contrat.

La jurisprudence française n'apporte pas davantage de lumière à la question de savoir si l'article 1134, alinéa 3 peut servir de fondement au devoir précontractuel d'information. Comme Denis Philippe en Belgique, Muriel Fabre-Magnan, ne donne que deux exemples, tirés l'un de la Cour d'appel de Paris, l'autre de la Cour de cassation ⁽⁵⁴⁾. De l'avis même de l'auteur, le premier exemple est contestable puisque la Cour d'appel de Paris ne s'appuie qu'à

(51) Le bail se réfère en effet à l'article 606 du Code civil belge (obligations de l'usufruitier). Cet article donne une énumération limitative des grosses réparations. Il s'agit de : « celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières ; celui des digues et des murs de soutènement et de clôture aussi en entier. Toutes les autres réparations sont d'entretien ».

(52) Le couple a également été dupé par la croyance en un projet d'autoréno- vation des lieux loués qui n'a jamais été réalisé par la ville de Liège, faute d'obtenir l'autorisation du collège des bourgmestre et échevins de la ville.

(53) Sur la bonne foi comme condition d'application de l'*exceptio non adimpleti contractus*, cfr. en droit belge H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II (Les incapables, Les obligations — 1^{re} partie), 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1966, pp. 829-830, n° 866 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, et P. WÉRY, « Les obligations : des sources (1985-1995). Chronique de jurisprudence », *op. cit.*, p. 718, n° 86 ; Bruxelles, 6 mars 1962, *Pas.*, II, pp. 273-279. Cfr. en droit français M. STORCK, *Jurisclasseur Droit civil* [vol. « Art. 1156 à App. art. 1235 à 1270 »], Fasc. 49-3 (1994), n° 140 ; Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, pp. 506-507, n° 617.

(54) M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, *op. cit.*, pp. 351-355.

titre subsidiaire sur l'article 1134, alinéa 3⁽⁵⁵⁾. Le deuxième exemple, en revanche, serait plus important, voire constituerait une « grande décision »⁽⁵⁶⁾. Notons, toutefois, que ce dernier arrêt lui-même est sujet à caution dans la mesure où la Cour de cassation vise tout à la fois les articles 1134, alinéa 3 et 1116 du Code civil. Autrement dit, elle sanctionne la réticence dolosive.

Au vu de ce que nous venons d'examiner pour les jurisprudences belge et française, peut-on soutenir que l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, qui exige la bonne foi dans l'exécution du contrat, s'applique de façon autonome à la formation du contrat ? Beaucoup hésitent à franchir ce pas, considérant que « c'est à tort que les juges utilisent l'article 1134 alinéa 3 du Code civil pour sanctionner des obligations d'information ayant une incidence sur le consentement d'un contractant »⁽⁵⁷⁾. D'autres, au contraire, adhèrent à cette extension de l'article 1134 avec force conviction : ainsi, Jacques Mestre se demande à quoi il servirait « d'exiger la bonne foi dans l'exécution du contrat si on ne l'impose pas au stade premier et, à bien des égards, décisif, de la formation de l'acte ? Le contrat forme assurément un corps unique ; il est vital que la bonne foi l'irrigue entièrement »⁽⁵⁸⁾. L'argument principal des tenants de cette extension de l'article 1134 réside dans le fait que le projet initial du Code civil disposait sur ce point : « Elles [les conventions] doivent être contractées et exécutées de bonne foi » (nous soulignons)⁽⁵⁹⁾. Cette formulation avait été reprise *verbatim* par Bigot-Préameneu lorsqu'il présenta le projet de Code devant le Corps législatif⁽⁶⁰⁾. Du reste, pour Portalis, le mot « contractées » n'était pas nécessaire. Au regard des dispositions antérieures, ce

(55) Paris, 28 avril 1980, *Gaz. Pal.*, 1980, p. 604, note A. PIEDELIÈVRE.

(56) Civ., 1^{re}, 10 mai 1989, *Bull. civ.*, I, n° 187, p. 124 ; *Revue trimestrielle de droit civil* [RTDciv], 1989, p. 738, note J. MESTRE. L'expression de « grande décision » vient de Jacques Mestre.

(57) M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, op. cit., p. 354, n° 442.

(58) J. MESTRE, note sous Civ., 1^{re}, 10 mai 1989, précitée. En Belgique, cfr. A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », *R.C.J.B.*, 1977, pp. 10-37, pp. 28-29, n° 24.

(59) P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIII, op. cit., p. 8.

(60) *Ibid.*, p. 229.

mot était inutile et pouvait donc être retranché⁽⁶¹⁾. Finalement, on le sait, l'article a été adopté avec cet amendement.

Indépendamment du recours à l'article 1134 du Code civil, il existe de nombreux fondements juridiques pour sanctionner l'obligation d'information dans la formation du contrat⁽⁶²⁾. Tour à tour, les juridictions belges ou françaises se sont tournées vers les vices du consentement (l'erreur⁽⁶³⁾ ou la réticence dolosive⁽⁶⁴⁾), la faute délictuelle (articles 1382-1383 du Code civil)⁽⁶⁵⁾, ou encore la garantie des vices cachés (article 1641 du Code civil) ou la garantie d'éviction (article 1626 du Code civil). Un arrêt isolé de la Cour d'appel de Mons se fonde, lui, sur l'article 1602 du Code civil, estimant que le vendeur d'un fonds de commerce a « l'obliga-

(61) *Ibid.*, p. 54.

(62) M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, op. cit., pp. 273 et seq. ; Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., pp. 207 et seq.

(63) En droit belge, cfr. J.P. Wervik, 8 février 1994, *J.J.P.*, pp. 261-274, note E. DAVIO [annulation d'un contrat de livraison d'un logiciel, le fournisseur n'ayant pas communiqué les informations concernant l'imprimante requise pour l'utilisation du logiciel]. En droit français, cfr. Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1988, *Bull. civ.*, I, n° 56, p. 37 [annulation par les juges du fond d'un contrat d'assurance automobile, l'assuré n'ayant pas révélé que le conducteur habituel du véhicule était âgé de moins de 25 ans : décision censurée par la première chambre civile de la Cour de cassation car les juges du fond avaient omis de « rechercher si cette erreur portait sur la substance même de l'obligation de l'assureur, de sorte qu'en son absence celui-ci aurait refusé de contracter »].

(64) Dans ce cas, « [il] faut que l'auteur de la réticence ait, au moment de la formation du contrat, omis sciemment de mentionner les informations, c'est-à-dire avec l'intention d'induire son cocontractant en erreur » : S. STUNS, D. VAN GERVEN, et P. WÉRY, « Les obligations : des sources (1985-1995). Chronique de jurisprudence », op. cit., p. 711, n° 59. Comme illustration jurisprudentielle en Belgique, cfr. Comm. Liège, 24 janvier 1991, *J.T.*, 1991, p. 526 [une Porsche d'occasion ayant été vendue avec la publicité « moteur complètement remis à neuf » alors que le moteur avait subi de simples réparations : pour un cas analogue en droit américain, cfr. un arrêt de la Cour suprême des États-Unis, *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 20 mai 1996, <<http://supct.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZS.html>>]. En droit français, cfr. Civ. 1^{re}, 14 juin 1989, *Semaine juridique (JCP)*, 1991, II, 21632, note G. VIRASSAMY [sur cet arrêt, voir *infra*].

(65) En droit belge, cfr. Civ. Bruxelles, 20 novembre 1979, *J.T.*, 1980, 564 ; Comm. Bruxelles, 1^{er} septembre 1983, *J.C.B.*, 1984, 570, note N. SPRUYT, n° 4.3.3. En droit français, cfr. Civ. 1^{re}, 10 février 1987, *Bull. civ.*, I, n° 44, pp. 32-33.

tion de déclarer clairement en quoi consistait la chose vendue ; que le silence gardé sur l'état des charges constitue une réticence dolosive qui autorise l'appelant [acheteur] à exiger l'annulation de la vente » (66). Une jurisprudence française envisage aussi le fondement de l'obligation de conseil dans l'article 1135 qui prévoit que « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » (67). Ce recours à l'article 1135 peut s'effectuer seul (68), ou avec l'article 1604 du Code Civil (69).

Le législateur belge, quant à lui, est intervenu de plus en plus souvent durant cette dernière décennie afin de préciser les obliga-

(66) Mons, 29 avril 1986, *J.L.M.B.*, 1987, pp. 332-334, note M. BLONDIAU.

(67) Notons que le recours à l'article 1135 du Code civil comme fondement d'une obligation d'information est ancien : cfr. Req., 15 janvier 1894, *D.P.*, 1894, I, 207. Notons aussi que l'article 1135 « est souvent difficile à distinguer de l'article 1147 » : M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, op. cit., pp. 358-362.

(68) Cfr. Cass. civ., 1^{re}, 5 décembre 1995, *Michel L. c. Matra Communication*, *D.I.T.*, 1997/3, p. 27, note M. ESPAGNON. En l'occurrence, l'arrêt de la Cour de cassation casse et annule un arrêt de la Cour d'appel de Reims qui avait débouté le demandeur de sa demande en résiliation de contrats d'installation d'un matériel téléphonique pour l'équipement d'une clinique vétérinaire. Pour la Cour d'appel, le fournisseur avait proposé plusieurs solutions à son client, parmi lesquelles le client avait choisi la moins onéreuse. La première chambre civile énonce dans un chapeau que « le vendeur d'un matériel a une obligation de conseil à l'égard de l'acheteur ». Elle ajoute que l'article 1135 a été violé en ce que : « l'obligation de conseil imposait au vendeur de s'informer des besoins de l'acheteur et d'informer son client de l'aptitude du matériel proposé à l'utilisation qui en était prévue ». On remarquera que la Cour de cassation ne distingue pas selon que l'acheteur est un professionnel ou non. Autrement dit, l'obligation de conseil s'attache à tout contrat de vente.

(69) Cfr. Cass. civ., 1^{re}, 25 juin 1996, *Jeanne F.-R. c. Coopérative Informatique de Pharmacie*, *D.I.T.*, 1997/3, pp. 27-28, note M. ESPAGNON. Dans cette affaire, la Cour de cassation casse et annule un arrêt de la Cour d'appel de Rennes qui avait débouté la demanderesse de sa demande en résolution de la vente, par la Coopérative informatique de pharmacie (CIP), d'un matériel informatique destiné à son officine de pharmacie. Pour la Cour d'appel, le matériel avait été livré sans réserve de la part de l'acquéreur, qui avait tardé à faire valoir sa réclamation. Pour la Cour de cassation, « l'obligation de délivrance du vendeur d'un matériel s'étend à sa mise au point, et comporte une obligation accessoire d'information et de conseil du client ».

tions — de bonne foi — des parties lors de la formation du contrat et protéger la partie réputée plus faible. Spécifiquement en ce qui concerne la vente de produits et de services, le législateur belge a prévu que le vendeur était tenu, au plus tard au moment de la conclusion de la vente, d'« apporter de bonne foi au consommateur les informations correctes et utiles relatives aux caractéristiques du produit ou du service et aux conditions de vente [...] » (70). Il en est de même pour le crédit à la consommation, régi par la loi du 12 juin 1991 (71). Tandis qu'une obligation d'information (passive) existe dans le chef du consommateur (72), une obligation d'information (active) incombe au prêteur et à l'intermédiaire de crédit (73). Notons au passage qu'une décision du 30 octobre 1997 prévoit que si le consommateur n'est tenu que d'une obligation passive d'information, cette obligation ne doit pas moins toujours satisfaire à la bonne foi durant la phase précontractuelle (74). Du reste, cette décision vise expressément l'article 1134 du Code civil, montrant par-là une nouvelle tentative de la jurisprudence d'élargir le principe de l'exécution de bonne foi des conventions à la phase de formation du contrat.

(70) Article 30 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991, *Errat.*, *M.B.*, 10 octobre 1991.

(71) Voir la loi sur le crédit à la consommation du 12 juin 1991, *M.B.* 9 juillet 1991. *Errat.*, *M.B.* 6 août 1991. Cfr. F. DOMONT-NAERT, « L'information du consommateur et l'obligation de renseignement dans la loi du 12 juin 1991 », *D.A.O.R.*, 1992, Fascicule n° 23, pp. 33 et s.

(72) L'article 10 de la loi sur le crédit à la consommation dispose : « Le consommateur qui sollicite un contrat de crédit doit, à la demande du prêteur ou de l'intermédiaire du crédit lui communiquer les renseignements exacts et complets que le prêteur ou l'intermédiaire de crédit jugeant nécessaires afin d'apprécier la situation financière et les facultés de remboursement du consommateur [...] ».

(73) L'article 11 de la loi sur le crédit à la consommation dispose : « Le prêteur et l'intermédiaire de crédit sont tenus : (1°) de donner au consommateur toute information nécessaire, de façon exacte et complète concernant le crédit envisagé ; (2°) de rechercher, dans le cadre des contrats de crédit qu'ils offrent habituellement ou pour lesquels ils interviennent habituellement, le type et le montant de crédit les mieux adaptés, compte tenu de la situation financière du consommateur au moment de la conclusion du contrat ».

(74) J.P. Heist-op-den-Berg, 30 octobre 1997, *R.W.*, 1998-99, pp. 199-200.

Le législateur français n'est pas en reste. En plus des nombreuses lois prévoyant une obligation précontractuelle d'information⁽⁷⁵⁾, on observe aujourd'hui une tendance marquée au *formalisme informatif*⁽⁷⁶⁾. Le législateur met à la charge de l'une des parties, le plus souvent le professionnel, l'obligation de rédiger un contrat écrit contenant une série de mentions précises relatives à l'objet du contrat et aux droits et obligations respectifs. Peuvent s'ajouter à ces exigences le renvoi à, voire la reproduction de dispositions légales protectrices, et l'invitation à suivre un modèle type de contrat⁽⁷⁷⁾. Le bénéficiaire de cette protection accrue dispose ainsi d'un arsenal d'informations censées l'éclairer dans son engagement (ce qui ne veut pas dire pour autant qu'il les aient lues, et comprises⁽⁷⁸⁾). Cette tendance au formalisme informatif emporte un inconvénient manifeste. Les exigences posées par le

(75) Ex. l'article 2 de la loi du 18 janvier 1992 (devenu article L. 111-1 Code de la consommation) prévoyant que les vendeurs de biens ou prestataires de services doivent « avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service ». Voir aussi le contrat de cautionnement qui fait l'objet de plusieurs obligations spéciales d'information cohabitant dans la plus grande confusion.

(76) L'expression est de Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 210, n° 254. Ce formalisme administratif caractérise également la législation belge. Ex. l'article 14, § 4 de la loi sur le crédit à la consommation (précitée) prévoit que « [l']offre de crédit comprend également sous la forme d'alinéas séparés et en caractères gras d'un type différent : (2°) à la hauteur de l'endroit où le consommateur appose sa signature, la mention : 'Ne signez jamais un contrat non rempli' ».

(77) Cfr. par ex. les modèles types annexés au décret n° 78-509 du 24 mars 1978 pris pour l'application des articles 5 et 12 de la loi du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, *J.O.R.F.*, 6 avril 1978, p. 1542, *Errat.*, 28 avril 1978, p. 1888.

(78) Notons, toutefois, que la directive européenne du 5 avril 1993 prévoit que « les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible ». Cfr. Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.C.E.*, n° L 95/29 du 21.4.93. L'article 31 § 4 de la loi sur les pratiques du commerce (précitée) prévoit que « Lorsque toutes ou certaines clauses du contrat sont écrites, ces clauses doivent être rédigées de manière claire et compréhensible » (rédaction de la loi du 7 décembre 1998, *M.B.*, 23 décembre 1998, p. 40703).

législateur risquent de diminuer, voire d'exclure, l'obligation d'information qui aurait pu survenir par ailleurs. Plusieurs décisions de la Cour de cassation font en effet prévaloir le formalisme du législateur quand bien même ce dernier aurait omis une information qu'aurait pu dicter l'obligation de renseignement⁽⁷⁹⁾. Ainsi, dans une décision de 1989, la Cour énonce que « [d]ès lors que le législateur lui-même n'a pas jugé utile de faire figurer cet avertissement sur le modèle type qu'il avait lui-même rédigé [...] aucune réticence dolosive ne peut être imputée au cocontractant »⁽⁸⁰⁾.

L'inverse peut également survenir. Il arrive aujourd'hui que des juridictions *superposent* un devoir de conseil (d'origine jurisprudentielle) au formalisme informatif mis à la charge des professionnels (d'origine légale). Dans un arrêt de 1995, la Cour de cassation de France a décidé qu'une entreprise de crédit ne pouvait se contenter

(79) Le principe veut pourtant qu'en droit français, comme en droit belge, le droit commun continue de régir les contrats spéciaux régis par des dispositions particulières (à moins qu'il n'y ait d'incompatibilité). Cfr. en ce sens Versailles, 8 juillet 1994, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995, pp. 97-99, obs. J. MESTRE. Cet arrêt reconnaît que le non-exercice de son repentir par une personne démarchée à domicile — régi par la loi du 22 décembre 1972 — ne l'empêche pas de plaider ensuite la nullité du contrat pour vice de consentement. Dans un souci d'assurer le respect de la contradiction, les débats avaient été rouverts afin que le défendeur (demandeur reconventionnel de la nullité du contrat) précise le fondement de sa demande d'annulation du contrat. Suite à cette réouverture des débats, la Cour d'appel de Versailles a décidé d'annuler le contrat pour erreur, violence, et dol : Versailles, 15 septembre 1995, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996, pp. 147-148, obs. J. MESTRE. Pour l'annotateur de l'arrêt, tous les cumuls sont réunis : « non seulement un dispositif spécial de protection n'exclut pas l'invocation d'un vice du consentement mais encore [...] l'invocation d'un tel vice peut très bien s'accorder avec celle d'un autre, voire même de deux autres ! ».

(80) Cass. civ., 1^{re}, 14 juin 1989, *Semaine juridique* [JCP], 1991, Éd. G., II, 21632, note G. VIRASSAMY ; *Recueil Dalloz-Sirey*, 1989, Somm. comm., p. 338, obs. J.-L. AUBERT ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995, p. 98, obs. J. MESTRE. En l'espèce, le Tribunal d'instance de Juvisy-sur-Orge avait annulé un contrat de prêt conclu par un consommateur en vue de l'acquisition d'un véhicule volé un an plus tard. Pour les juges du Tribunal, il appartenait à la société de crédit d'informer son cocontractant de la survie du contrat de prêt à la disparition du véhicule pour lequel il avait été souscrit. La Cour de cassation censure cette décision motif pris que l'offre de crédit avait été établie conformément au modèle type annexé au décret du 24 mars 1978 (précité). Admettre une solution contraire, d'après Georges Virassamy, reviendrait à taxer le législateur « d'imprévoyance ou d'incompétence ».

de présenter un modèle parfaitement conforme aux prescriptions légales. Il fallait en plus qu'elle s'enquière des ressources de l'emprunteur et qu'elle le dissuade, le cas échéant, de souscrire un crédit si elle estimait que les ressources de l'emprunteur n'étaient pas en rapport avec le contrat envisagé. En somme, il fallait qu'elle assiste le profane dans sa réflexion, au risque de voir sa responsabilité engagée quand bien même elle se serait conformée aux prescriptions légales⁽⁸¹⁾. Notons que le fondement du devoir de conseil dans cet arrêt n'est pas clair. Ni l'article 1134, alinéa 3 ni aucun autre article du Code civil ne sont visés par la Haute juridiction française. Stéphane Piedelièvre considère que la responsabilité du débiteur du devoir de conseil dans cette espèce est de nature délictuelle puisque les parties se trouvent dans une période précontractuelle. Pourtant, ajoute-t-il, « un doute subsiste, ici, sur la position de la Cour de cassation. En effet, le premier arrêt de la Cour de Riom avait parlé d'inexécution des obligations contractuelles et a renvoyé les parties à s'expliquer. Le second arrêt de la Cour de Riom a condamné les prêteurs à 150 000 F. de dommages-intérêts, semblant reprendre la thèse contractuelle, ce qui n'est pas remis en cause par la présente décision »⁽⁸²⁾.

(81) Cass. civ., 1^{re}, 27 juin 1995, *Bull. civ.*, I, n° 287, p. 200 ; *Recueil Dalloz-Sirey*, 1995, p. 621, note S. PIEDÉLIÈVRE. Dans cette espèce, la Cour de cassation approuve les juges du fond qui avaient décidé que le Crédit Commercial de France (CCF) ainsi que deux autres établissements de crédit étaient responsables de ne pas avoir mis en garde un emprunteur sur l'importance de l'endettement qui résulterait des prêts consentis. Cfr. aussi Ph. LE TOURNEAU, « Les professionnels ont-ils du cœur ? », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1990, Chron., pp. 21-26, p. 22, citant plusieurs arrêts des Cours d'appel de Versailles et de Paris.

(82) *Op. cit.*, p. 623. Il échet de noter que certains auteurs français portent un jugement extrêmement sévère à l'égard de cette évolution jurisprudentielle. Pour François Terré, Philippe Simler, et Yves Lequette, « [o]n ne saurait trouver meilleur exemple de l'espèce de course-poursuite qui se déroule entre le droit des obligations et le droit de la consommation : chacun prétendant remédier aux insuffisances de l'autre, notre droit devient toujours plus inintelligible à ceux qu'il est censé protéger » : Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, pp. 211-212, n° 254. Stéphane Piedelièvre considère de toute façon que la solution de la Cour de cassation ne paraît pas utile « car un consentement éclairé (au sens du Code de la consommation) a été donné. Elle l'est d'autant moins pour les prêts, le prêteur n'ayant pas intérêt à un endettement inconsideré de l'emprunteur, puisque, en cas de procédure de surendettement, certains sacrifices, parfois importants, risquent de lui être demandés » : *op. cit.*, p. 622.

En droit anglo-américain, il n'y a pas non plus d'obligation générale d'informer l'autre partie (*duty of disclosure*) lors de la période de formation du contrat. Cette obligation se retrouve seulement dans les contrats *uberrimae fidei*⁽⁸³⁾. Il en est ainsi, par exemple des contrats de *partnership* (société) et de *suretyship* (cautionnement⁽⁸⁴⁾), ainsi que des contrats conclus entre un assuré et sa compagnie d'assurances⁽⁸⁵⁾⁽⁸⁶⁾. Ces contrats où se dessine un *duty of disclosure* sont toutefois singuliers. Comme leur nom l'indique, il s'agit de contrats « d'une bonne foi absolue » (« of the utmost good faith »)⁽⁸⁷⁾. Autrement dit, une partie place toute sa confiance dans l'autre, et il serait trop coûteux — sur un plan économique — de lui demander de vérifier toutes les informations requises à la conclusion du contrat⁽⁸⁸⁾. Le droit belge connaît

(83) Un contrat *uberrimae fidei* se définit comme suit : « Describing a class of contracts in which one party has a preliminary duty to disclose material facts relevant to the subject matter to the other. Non disclosure makes the contract voidable » (c'est-à-dire, dont on peut demander la nullité), in *A Concise Dictionary of Law* (sous la direction de E.A. MARTIN), Oxford, Oxford University Press, 1983, rééd. 1984.

(84) Sur la question controversée de savoir si le contrat de cautionnement peut être considéré comme faisant partie des contrats *uberrimae fidei*, cfr. J. HESBERT, « Le devoir d'information du banquier à l'égard de la caution lors de la souscription de l'engagement de cautionnement. Droit français et droit anglais », *Les petites affiches*, 24 juillet 1997, n° 88, pp. 45-58, pp. 53 et seq.

(85) Parmi les manuels de base en droit anglais, cfr. sur les contrats *uberrimae fidei* : Chitty on Contracts, Vol. I, *General Principles*, 26^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1983, § 419 et §§ 481-493 ; M.P. FURMSTON, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 13^e éd., London, Butterworths, 1996, p. 279 et pp. 309 et seq. ; Anson's Law of Contract (édité par A.G. GUEST), 25^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 260-269 ; G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, 5^e éd., London, Stevens & Sons, 1979, pp. 299-301.

(86) Les exemples en matière d'assurances sont extrêmement nombreux. Cfr. Chitty on Contracts, Vol. I, *General Principles*, *op. cit.*, § 482 (p. 324).

(87) Traduction littérale de *uberrimae fidei*. Voir Anson's Law of Contract (édité par A.G. GUEST), *op. cit.*, p. 260. Voir aussi M. FABRE-MAGNAN, « Duties of Disclosure and French Contract Law : Contribution to an Economic Analysis », in *Good Faith and Fault in Contract Law*, *op. cit.*, pp. 99-120, p. 105.

(88) Pour une analyse économique du (non-)devoir de renseignement, cfr. A.T. KRONMAN, « Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts », 7 *Journal of Legal Studies* (1978) ; P.S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 265 et seq. ; B. RUDDEN, « Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignement », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1985, pp. 91-103 ; M. FABRE-MAGNAN, « Duties of Dis-

depuis longtemps cette exigence d'informer l'autre partie dans les contrats d'assurance⁽⁸⁹⁾. L'article 9 de la loi du 11 juin 1874 sur les contrats d'assurance frappait de nullité les contrats marqués par la réticence ou une fausse déclaration de l'assuré, même faite sans mauvaise foi. Aujourd'hui, la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre prévoit que l'assureur peut résilier le contrat d'assurance s'il apporte la preuve que le contrat a été modifié au point qu'il n'aurait en aucun cas assuré le risque s'il avait eu connaissance des faits non divulgués ou faussement rapportés⁽⁹⁰⁾.

Indépendamment des contrats d'assurance, un exemple de contrat *uberrima fides* et du devoir concomitant de renseignement, a été un temps discuté dans les *family settlements* (pactes de famille). L'arrêt *Wales v. Wadham*, rendu par la *Family Division of*

closure and French Contract Law : Contribution to an Economic Analysis », in *Good Faith and Fault in Contract Law*, op. cit., pp. 99-120, pp. 107-120.

(89) Le problème se pose de manière aiguë lorsqu'il y a des assurances *cumulatives* dans le domaine des assurances de personnes. En France, jusqu'à il y a peu, la position de la Cour de cassation était que l'obligation d'information n'avait pas à s'étendre à ce cas de figure. Était réputée non écrite « la clause qui imposait à l'assuré l'obligation d'informer la compagnie de l'existence des autres polices qu'il avait pu souscrire, précédemment ou ultérieurement, pour le même risque, en ce qu'elle stipulait que le seul manquement à cette obligation pouvait entraîner la nullité du contrat » : cfr. Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, *Bull. civ.*, I, n° 147, p. 97 ; Civ. 1^{re}, 10 mai 1995, *Gaz. Pal.*, 4-8 juin 1995, p. 25. Cette position vient de changer suite à un revirement de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 13 mai 1997 qui accroît sensiblement l'obligation d'information pesant sur l'assuré : Civ. 1^{re}, 13 mai 1997, *Recueil Dalloz-Sirey*, 1997.351, note J.-L. AUBERT ; *Revue trimestrielle de droit civil* [RTDciv], 1997, pp. 922-924, obs. J. MESTRE.

(90) Cfr. article 7 § 1 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, *M.B.*, 20 août 1992. Sur le régime de la loi de 1874, cfr. II. DE RODE, « La bonne foi et l'assurance », in *La bonne foi* (sous la direction de M^{me} S. DAVID-CONSTANT), op. cit., pp. 155-195, pp. 163 et seq. Ajoutons qu'au système *objectif* créé par le législateur de 1874, la jurisprudence avait substitué un système davantage *subjectif* : en effet, on tenait compte de l'ignorance par l'assuré du fait non déclaré ou déclaré de manière inexacte (elle revêtait alors un caractère légitime). La jurisprudence belge tenait également compte du caractère inexcusable de l'ignorance de la vérité par l'assureur. D'après M^{me} de Rode, « Cette évolution illustre la tendance générale de la jurisprudence à compléter les obligations explicitement reprises dans la convention, par un *devoir de collaboration des parties*, déduit de l'article 1134 alinéa 3 C.C. » : op. cit., p. 168 (nous soulignons).

the High Court en 1976 est symptomatique de cette controverse⁽⁹¹⁾. En l'occurrence, des époux en instance de divorce négocient l'arrangement financier destiné à trouver sanction dans leur *consent order* de divorce. L'époux accepte de verser £ 13.000 à sa femme en guise de pension alimentaire. Trois semaines seulement après que le *consent order* ne devienne *absolute* (exécutoire), l'époux apprend que son ex-femme convole en justes noces. Stupéfait de la non-divulgaration par son épouse de son intention de se remarier, l'ex-époux cherche à obtenir la résolution du *consent order*. Pour ce faire, il se fonde sur le devoir de renseignement existant dans les *family settlements*, qu'il qualifie de contrats *uberrimae fidei*. La *Family Division* refuse de suivre l'argumentation avancée par le mari éconduit. Les parties en instance de divorce ne sont tenues d'aucun devoir de renseignement particulier⁽⁹²⁾. Sur ce point cependant, la *House of Lords* infirme la décision dans l'affaire *Livesey v. Jenkins* rendue en 1984⁽⁹³⁾. En d'autres termes, les parties sont bien tenues d'un devoir de renseignement — complet — quant aux faits matériels qui peuvent affecter la *family settlement*.

Peut-on soutenir que le devoir de renseignement déborde le domaine restreint des contrats *uberrimae fidei* ? A l'évidence oui, si l'on considère que la *House of Lords* ne s'est pas prononcée, à proprement parler, sur le caractère *uberrima fides* des *family settlements* dans l'affaire *Livesey*. La question reste donc ouverte. De fait, la Haute juridiction anglaise appuya l'essentiel de son argumentation sur la *Matrimonial Proceedings and Property Act 1984*. Les *Lords* en déduisirent une obligation de « full and frank disclo-

(91) *Wales v. Wadham* [1977] 1 W.L.R. 199 ; [1976] 121 S.J. 154 ; [1977] 2 All E.R. 125 at p. 139 (per Tudor Evans, J.). *Chitty on Contracts* range les *family settlements* parmi les contrats *uberrimae fidei* (§ 481), tout en émettant des doutes (§ 489) : op. cit.

(92) *Wales v. Wadham* [1977] 1 W.L.R. 199 ; [1976] 121 S.J. 154 ; [1977] 2 All E.R. 125 at p. 139 et seq.

(93) *Livesey v. Jenkins* [1985] A.C. 424 ; [1985] 2 W.L.R. 47 ; [1985] 1 All E.R. 106. D'après Lord Brandon of Oakbrook : « In my judgment, therefore, Tudor Evans J was wrong in *Wales v. Wadham* to reject so much of the husband's claim as was based on the need for full and frank disclosure in ancillary proceedings in the Family Division, and the Court of Appeal in the present case was wrong to approve and apply that decision » (1 All E.R. 106, at p. 115).

sure of all material facts »⁽⁹⁴⁾. Sans le dire expressément, cette déduction revient pour les *Lords* à reconnaître une obligation de négocier en *good faith* dans le chef des époux en instance de divorce. Du reste, bien d'autres exemples de consécration législative de la *good faith* existent en droit anglais. Nous songeons en particulier à la *Unfair Contract Terms Act 1977*, ou encore à la *Sale of Goods Act 1979*. Nous pourrions aussi évoquer la *Fair Trading Act 1973*, la *Consumer Credit Act 1974*, la *Restrictive Practices Act 1976*, ou encore la *Resale Prices Act 1976*.

Par-delà ces balises posées par le législateur, le droit anglais a longtemps insisté sur l'absence de tout devoir de renseignement dans les contrats sur base de la maxime *caveat emptor*. Lord Cairns exprima cette opinion avec force dans la fameuse affaire *Peek v. Gurney*⁽⁹⁵⁾. Cette approche stricte de la relation contractuelle s'appliquait quel que soit le caractère moralement reprehensible des faits non divulgués⁽⁹⁶⁾. Si de telles opinions peuvent heurter aujourd'hui, elles traduisaient à l'époque « le droit tel qu'il avait été forgé par une philosophie individualiste, fondé sur le principe de la convention-loi. Aucune considération de morale n'entrait en ligne de compte »⁽⁹⁷⁾. Outre les justifications économiques, l'accent est mis sur la prévisibilité du droit. Comme l'écrit Roy Goode :

« La prévisibilité du sort juridique d'une affaire est plus importante que la justice absolue. Dans un environnement commercial, il importe que les

(94) *Ibid.*, 1 All E.R. 106, at p. 115. D'après certains auteurs, un époux qui se serait approprié des informations par ses propres moyens (en photocopiant, par exemple, les relevés de compte bancaires de l'autre) serait en devoir de divulguer cette information. Cfr. S.M. CRETNEY et J.M. MASSON, *Principles of Family Law*, 6^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1997, p. 435, note 31.

(95) *Peek v. Gurney*, L.R. 6 H.L. 377 (1873).

(96) *Ibid.*, p. 403 : « [...] mere silence could not, in my opinion, be a sufficient foundation for this proceeding. Mere non-disclosure of material facts, however morally censurable, however that non-disclosure might be a ground in a proper proceeding at a proper time for setting aside an allotment or a purchase of shares, would in my opinion, form no ground for an action in the nature of an action for misrepresentation. There must, in my opinion, be some active misstatement of fact, or, at all events, such a partial and fragmentary statement of fact, as that the withholding of that which is not stated makes that fact which stated absolutely false ».

(97) W.P. KEETON, « Fraud — Concealment and Non-Disclosure », 15 *Texas Law Review*, pp. 1-40, p. 31 (1936).

hommes d'affaires sachent à quoi s'en tenir. [...] La dernière chose que nous voulons faire, c'est éloigner le commerce par de vagues concepts de justice (*fairness*)... »⁽⁹⁸⁾.

Peu à peu, ces positions sans nuances sont devenues intenable. Prenons l'arrêt américain de *Obde v. Schlemeyer*, rendu par la *Supreme Court of Washington* en juin 1960⁽⁹⁹⁾. Dans cette affaire, un couple (les Obde) achète une maison des Schlemeyer. Peu après, les acheteurs s'aperçoivent que la maison est infestée de termites. L'affaire est portée en justice. Le juge de première instance condamne les Schlemeyer à verser \$ 3950 aux Obde considérant que les défendeurs-vendeurs sont fautifs de n'avoir rien divulgué aux acheteurs (qui n'avaient rien demandé). Les cinq magistrats de la Cour suprême de Washington, après avoir soupesé la maxime *caveat emptor* et écarté précédents anglais et américains, confirment le jugement rendu au fond. D'après l'*opinion* du juge Finley : « Dans les circonstances présentes, nous sommes de l'avis que la 'justice, l'équité, et le fait de conduire des négociations honnêtement' [...] exigeaient que les Schlemeyers parlent — qu'ils informent les vendeurs potentiels, tels les Obdes, de l'état de l'immeuble, quand bien même ces derniers n'auraient pas posé de question sur la présence éventuelle de termites »⁽¹⁰⁰⁾.

Il est manifeste dans cette affaire, comme dans d'autres⁽¹⁰¹⁾, que les juridictions américaines s'appuient, non pas sur la notion

(98) R. GOODE, « 'Good Faith' in English Law », *op. cit.*, (traduction personnelle). Le passage exact se lit : « [...] the predictability of the legal outcome of a case is more important than absolute justice. It is necessary in a commercial setting that businessmen at least should know where they stand. [...] The last thing that we want to do is drive business away by vague concepts of fairness... ».

(99) *Obde v. Schlemeyer*, 56 Wash. 2d 449, 353 P. 2d 672 (Supreme Court of Washington, 1960).

(100) *Ibid.*, 353 P. 2d 672, 675 (traduction personnelle). La phrase exacte se lit : « Under the circumstances, we are satisfied that 'justice, equity, and fair dealing' [...] demanded that the Schlemeyers speak — that they inform prospective purchasers, such as the Obdes, of the condition, regardless of the latter's failure to ask any questions relative to the possibility of termites ».

(101) Cfr. *Weintraub v. Krobatsch*, 64 N.J. 445, 317 A. 2d 68 (1974) concernant un cas de vermine. D'après le juge Jacobs : « [...] nous sommes de l'avis que les principes de justice et de négociation honnête, développés tout au long de cette *opinion*, appellent un jugement au fond [...] » (traduction personnelle). La phrase exacte se lit : « [...] we are satisfied that current principles grounded

de *misrepresentation* ⁽¹⁰²⁾, mais bien sur une notion de *good faith*, qui reçoit tantôt la qualification de *reasonableness*, tantôt celle de *honesty*. Dans l'affaire *Obde v. Schlemeyer*, le juge se réfère à « 'justice, equity and fair dealing' ». Telle était, du reste, la voie préconisée par le professeur Keeton dès 1936 ⁽¹⁰³⁾.

B. Rupture déloyale de pourparlers — promissory estoppel

La *culpa in contrahendo*, on le sait, concerne généralement les fautes commises dans le cadre de pourparlers : communication d'informations inexactes ou de fausses données, rupture brutale et intempestive des négociations précontractuelles, etc. ⁽¹⁰⁴⁾ ⁽¹⁰⁵⁾.

En droit belge, le fondement de la *culpa in contrahendo* — identifiée ici à la simple rupture déloyale de pourparlers — a longtemps été trouvé dans la responsabilité extra-contractuelle, autrement dit,

on justice and fair dealing, embraced throughout this opinion, clearly call for a full trial below [...]» (317 A. 2d 68, 75).

(102) La *misrepresentation* peut être *fraudulent*, *negligent* ou *innocent*. Le caractère *frauduleux* de la *misrepresentation* a été précisé par la Chambre des Lords dans l'affaire *Derry v. Peek* (1889) 14 App. Cas. 337. D'après Lord Herschell dans cette affaire : « fraud is proved when it is shown that a false representation has been made (1) knowingly, or (2) without belief in its truth, or (3) recklessly, careless whether it be true or false » (*ibid.*, p. 374).

(103) W.P. KEETON, « Fraud — Concealment and Non-Disclosure », *op. cit.*, p. 31.

(104) Sur la *culpa in contrahendo*, cfr. l'article célèbre de IHERING, « Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen » 4 *Iherings Jahrbücher* 1 (1861). Pour un sommaire d'ensemble de la question en droit allemand et en droit français, cfr. A.T. VON MEHREN et J.R. GORDLEY, *The Civil Law System*, 2^e éd., Boston, Little Brown and Company, 1977, pp. 837-850 ; B. NICHOLAS, *French Law of Contract*, London, Butterworths, 1982, pp. 67-69. En droit français, cfr. Cass. comm., 22 février 1994, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994.849, obs. J. MESTRE, et Cass. comm., 22 avril 1997, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997.651, obs. J. MESTRE. Pour une vue d'ensemble, cfr. J. SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1974.46 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les Obligations*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 1995, n° 58.

(105) Les pourparlers, eux, « désignent à la fois les conférences de personnes qui s'abouchent pour traiter quelque affaire et la période d'approches qui précède la conclusion d'un contrat ou la rupture des négociations », in M. FORGES, « Principes applicables à la rupture et à l'aménagement conventionnel des pourparlers en droit belge », *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1995, p. 439, n° 1 et p. 445, n° 21.

l'article 1382 du Code civil. Un arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 10 décembre 1981 énonce à cet égard : « Attendu, il est vrai, que celui qui, par son comportement fautif lors de la conclusion d'une convention, a causé au cocontractant un dommage, a l'obligation de réparer celui-ci ; que l'action qui en résulte ne se fonde toutefois pas sur une relation contractuelle, mais sur la faute quasi-délictuelle commise par l'intéressé à l'occasion de son intervention au contrat » ⁽¹⁰⁶⁾. La solution est identique en droit français ⁽¹⁰⁷⁾. Pareilles solutions jurisprudentielles sont logiques puisque les parties ne sont pas encore liées par un contrat. Nonobstant, on ne peut nier que la notion de bonne foi sous-tend la rupture déloyale de pourparlers en ce que « le contenu de ces normes de bon comportement dans la phase précontractuelle, est pratiquement le même que celui que l'on déduit de l'article 1134, alinéa 3 » ⁽¹⁰⁸⁾. Une décision française, rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 22 avril 1997, illustre ce point. Elle rappelle « avec beaucoup de netteté que la conduite de la phase précontractuelle doit obéir à un principe de bonne foi, et que celui-ci n'est plus respecté lorsqu'une rupture brutale vient mettre fin à des négociations très avancées » ⁽¹⁰⁹⁾.

Qu'en est-il en droit anglo-américain ? De façon générale, la *culpa in contrahendo* est absente de la plupart des manuels de *Contract Law*. Elle est — pour ainsi dire — inconnue du droit anglo-américain. Dans une formule qui ne laisse place à aucun

(106) Cass., 10 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, 494 ; *R.C.J.B.*, 1986, 5, note E. WYMEERSCH. Plus récemment, cfr. Civ. Dinant, 16 février 1994, *J.L.M.B.*, 1995, 407. Cette thèse reçoit un large soutien en doctrine belge : cfr. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 541-545 ; A. DE BERSAQUES, « La culpa in contrahendo », *R.C.J.B.*, 1964, pp. 276-285 ; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, I, Bruxelles, Larcier, 1967, p. 124 ; P. VAN OMMESSLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1982), Les obligations », *R.C.J.B.*, pp. 46-147, n° 54 ; S. STUINS, D. VAN GERVEN, et P. WÉRY, « Les obligations : des sources (1985-1995). Chronique de jurisprudence », *op. cit.*, p. 708, n° 48.

(107) C.A. Versailles, 21 septembre 1995, *Société Poleval c/ société Laboratoires Sandoz et autre*, inédit, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996, pp. 145-147, obs. J. MESTRE.

(108) P. VAN OMMESSLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *op. cit.*, p. 105.

(109) Cass. com., 22 avril 1997, *Société Iveco France c/ Société Mabo*, inédit ; voir *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, pp. 651-652, p. 652, note J. MESTRE.

doute, Roy Goode précise la pensée anglaise sur la rupture de pourparlers :

« nous ne voyons aucun mal à ce qu'une partie coupe brutalement court aux négociations, même si elle avait amené l'autre partie sur le point de conclure, voire de signer le contrat. De même, nous ne voyons pas de mal à ce qu'une partie négocie simultanément avec plusieurs personnes, sans rien divulguer aux autres »⁽¹¹⁰⁾.

Le jugement du professeur Goode est sans nuance, et sans doute exagéré. Si les Anglo-Américains ne connaissent pas la *culpa in contrahendo*, ils envisagent néanmoins le problème de la rupture *déloyale* de pourparlers auquel correspond en partie cette notion. Nous en voyons une illustration dans la notion de *promissory estoppel* explicitée dans une jurisprudence bien établie aujourd'hui⁽¹¹¹⁾. Cette notion permet de corriger une situation où, pour des raisons techniques (ex. défaut de *consideration*), il est exclu de considérer qu'un contrat a été valablement formé, mais où il serait néanmoins injuste de laisser une partie revenir sur sa parole ou sa conduite. On trouve un exemple significatif de *promissory estoppel* dans une affaire décidée par la *Supreme Court of Wisconsin* en 1965⁽¹¹²⁾. En l'espèce, un couple (les *Hoffman*) exploitent une boulangerie dans une petite ville du Wisconsin. Sur la foi de promesses faites par une chaîne de supermarchés (*Red Owl Stores, Inc.*), le couple compte ouvrir une succursale (franchise) de *Red Owl* dans une ville plus grande. Le couple vend boulangerie et immeuble et déménage, alors que les négociations sont déjà bien engagées entre les parties pour l'ouverture de l'établissement projeté. Au bout de plusieurs mois, les négociations échouent. La cause tient à une divergence portant sur une fraction du financement du projet. Le couple assigne *Red Owl* en justice car il s'estime

(110) R. GOODE, « 'Good Faith' in English Law », *op. cit.* (traduction personnelle). Le passage exact se lit : « we see nothing wrong in a party who is conducting negotiations arbitrarily breaking them off, even if he has brought the other party to the brink of the contract, just about to sign it. Also, we see nothing wrong in a party conducting negotiations in parallel with several other parties, without telling any party that he is negotiating with the others ».

(111) Pour une illustration récente de la *promissory estoppel* aux Etats-Unis, cfr. *Chesius v. Watts*, Missouri Court of Appeals (Western District), 3 mars 1998, <<http://www.osca.state.mo.us/courts/pubopinions.nsf/ccd96539c3fb13ce8625661f004bc7da/00395173c199eaf3862565bb007594a6?OpenDocument>>.

(112) *Hoffman v. Red Owl Stores*, 26 Wis. 2d 683, 133 N.W. 2d 267 (1965).

spolié par des promesses non tenues. La société, quant à elle, considère qu'aucun contrat n'a été valablement formé.

Pour la *Supreme Court of Wisconsin*, il ne peut être question de fraude dans cette affaire. Certes, la société *Red Owl* a eu une conduite ambiguë et a changé de position en cours de négociations. On ne peut néanmoins soutenir qu'elle a formulé des promesses de mauvaise foi, avec l'intention de ne pas les respecter. On ne peut prétendre pour autant que la société a eu une conduite irréprochable : « [l]e dossier fait ressortir de nombreuses promesses et assurances [...] qui ont induit les demandeurs à agir à leur détriment » (nous soulignons)⁽¹¹³⁾. Or, justement le développement de la *promissory estoppel* vise à insuffler une « 'plus grande conscience morale d'honnêteté et de transparence dans les négociations commerciales' »⁽¹¹⁴⁾. En d'autres termes, l'attitude du promettant peut mener à une intervention judiciaire afin de corriger l'injustice qui en résulte, précisément parce qu'il y a injustice et parce que l'attitude du promettant a été *déloyale* — c'est-à-dire a manqué de bonne foi.

La *promissory estoppel* est explicitement reconnue dans les œuvres américaines de codification jurisprudentielle⁽¹¹⁵⁾. Ainsi, le *Restatement (Second) of Contracts*, § 90 prévoit :

(113) Traduction personnelle. La phrase exacte se lit : « The record here discloses a number of promises and assurances [...] which plaintiffs relied and acted upon to their detriment » : *Hoffman v. Red Owl Stores*, 133 N.W. 2d 267, at 274 [point 2]. Ajoutons que les demandeurs ont agi avec *ordinary care*.

(114) Traduction personnelle. Dans ce passage, le *Chief Justice* Currie, de la *Supreme Court of Wisconsin*, cite un confrère de l'Etat de l'Arkansas : « As Mr. Justice MCFADDIN, speaking in behalf of the Arkansas court, well stated, that the development of the law of promissory estoppel 'is an attempt by the courts to keep remedies abreast of increased moral consciousness of honesty and fair representations in all business dealings ». Cfr. *Hoffman v. Red Owl Stores*, 133 N.W. 2d 267, at 274 [point 1].

(115) Les œuvres américaines de codification jurisprudentielle prennent la forme de *Restatements* (Re-exposés du droit), élaborées par l'*American Law Institute*. Les œuvres de codification législative prennent la forme de *uniform laws* (lois uniformes), élaborées par la *National Commission on Uniform State Laws*. Sur la codification en droit américain, cfr. S. HERMAN, « The Fate and Future of Codification in America », *The American Journal of Legal History*, vol. XL, pp. 407-437, pp. 425-432 (1996) ; G.C. HAZARD, Jr., « The American Law Institute : What it is and What it Does », conférence prononcée devant le *Centro di*

« Une promesse telle que le promettant puisse raisonnablement s'attendre à ce qu'elle provoque une action ou une abstention de la part du destinataire de la promesse ou d'un tiers et qui provoque une telle action ou abstention pourra être exécutée en justice si l'injustice ne peut être évitée que par l'exécution en justice de ladite promesse. La sanction en cas de violation de la promesse en cause pourra être limitée à ce que la justice requiert » ⁽¹¹⁶⁾.

Quant à savoir si un contrat a été valablement formé dans l'affaire *Hoffman*, la *Supreme Court of Wisconsin* règle la question en affirmant que la notion de *promissory estoppel* ne peut se réduire aux seuls cas où l'offre est à ce point ferme et complète qu'il suffit d'ajouter l'acceptation du destinataire pour que le contrat soit conclu ⁽¹¹⁷⁾. La notion s'applique lorsque trois conditions sont réunies :

- il existe une croyance raisonnable dans le chef du promettant que sa promesse entraînera l'autre partie à agir ou à s'abstenir d'agir (question de fait qui ressort de la compétence du *jury*) ;
- l'autre partie a effectivement agi ou s'est abstenue d'agir (question de fait qui ressort de la compétence du *jury*) ;
- la seule façon d'éviter une injustice est de rendre la promesse obligatoire (question d'opportunité — *policy decision* — qui doit être tranchée en droit) ⁽¹¹⁸⁾.

Au vu des circonstances de l'espèce, il a été jugé que la doctrine de *promissory estoppel* s'appliquait et que le couple *Hoffman* était en droit de réclamer des dommages-intérêts ⁽¹¹⁹⁾.

studi e ricerche di diritto comparato e stranieri, avril 1994, <http://www.cnr.it/CRDCS/frames14.htm>.

(116) Le passage exact en anglais se lit : « 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 not 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 ».

(117) *Hoffman v. Red Owl Stores*, 133 N.W. 2d 267, at 275 [points 4, 5].

(118) *Ibid.*

(119) Notons que l'*estoppel* en droit anglais est d'abord « un bouclier » (*shield*) et non pas « une épée » (*sword*). Il s'agit exclusivement d'un mécanisme défensif en droit anglais (ne créant pas un droit à agir pour son bénéficiaire). En revanche, en droit américain (et australien), il s'agit d'un mécanisme offensif. Cfr. sur ces questions P. PINSOLLE, « Distinction entre le principe de l'*estoppel* et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international », *Journal du droit international (Clunet)*, 1998, pp. 905-931 (en particulier, p. 913 et

C. La lésion qualifiée — unconscionability

Le droit belge a un temps envisagé une fonction modificatrice (ou adaptatrice) de la bonne foi, en vue d'ouvrir la porte à la théorie de l'imprévision et répondre ainsi à la disproportion des prestations survenue entre les parties postérieurement à la formation du contrat ⁽¹²⁰⁾. Cette fonction a clairement été condamnée par la Cour de cassation de Belgique en 1994 ⁽¹²¹⁾. Qu'en est-il des déséquilibres grossiers issus de la formation du contrat, une partie ayant manifestement exploité l'infériorité de son cocontractant ? A l'évidence, la notion de *lésion qualifiée* permet de répondre à ce cas de figure ⁽¹²²⁾ ⁽¹²³⁾. Visée à l'article 1907^{ter} du Code civil en

p. 919). Sur la distinction *shield/sword*, faite par Lord Justice Birkett, cfr. *Combe v. Combe* [1971] 2 KB 215, at 224.

(120) Voir en ce sens D.-M. PHILIPPE dans sa discussion de l'ouvrage de W. DE BONDT (« De leer der gekwalificeerde benadeling » — *La théorie de la lésion qualifiée*), in *J.T.*, 1988, pp. 346-347, p. 347 : « la force dérogatoire de la bonne foi devrait être reconnue dans notre droit et constituer le fondement juridique de l'imprévision ».

(121) Cass., 7 févr. 1994, *Pas.*, 1994, I, 150 ; Cass., 14 avril 1994, *J.L.M.B.*, 1995, 1591. Sur ces deux affaires, on lira avec intérêt les commentaires de S. STIJNS, D. VAN GERVEN, et P. WÉRY, « Les obligations : des sources (1985-1995). Chronique de jurisprudence », *op. cit.*, n° 114 et seq.

(122) Le problème avait déjà été évoqué par Pothier : tout en reconnaissant que « toute lésion, quelle qu'elle soit, rende les contrats iniques et par conséquent vicieux », Pothier ajoute qu'une acceptation trop libérale de la lésion ne peut s'envisager « à moins qu'elle ne soit énorme [...] autrement nous n'oserions contracter, dans la crainte que celui avec qui nous aurions contracté s'imaginant avoir été lésé ne nous fît par la suite un procès », in R.-J. POTHIER, *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, t. 1^{er}, Paris, Debure, 1777, n° 34, cité par X. DION, *Droit naturel*, t. 1^{er} (*Les questions du droit*), Paris, P.U.F. 1998, p. 398.

(123) Pour de plus amples développements sur la lésion qualifiée en droit belge, cfr. J.-F. ROMAIN, « Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations », *J.T.*, 1993, pp. 749-756 ; A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », *op. cit.*, pp. 10-37 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, et P. WÉRY, « Les obligations : des sources (1985-1995). Chronique de jurisprudence », *op. cit.*, pp. 712-713, n°s 63-65 ; C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaison », Commission Université-Palais (C.U.P.), vol. XXVII, 1998, pp. 7-58. Voir en droit suisse l'article 21 du Code des obligations qui prévoit une clause du même ordre pour toutes espèces de contrat : « En cas de disproportion évidente entre la prestation produite par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce

matière de prêt, la lésion qualifiée reçoit aujourd'hui une application générale en Belgique, au point que certains auteurs voient dans cette notion un principe général de droit⁽¹²⁴⁾. Une partie importante de la jurisprudence et de la doctrine fonde la lésion qualifiée sur l'article 1382 du Code civil et plus particulièrement la *culpa in contrahendo*. Il y aurait à la fois une faute (le fait de tirer avantage de son cocontractant), un fait dommageable (à savoir la disproportion entre les prestations respectives des parties), et un lien de causalité (la lésion qualifiée trouvant sa source dans l'exploitation du cocontractant). D'autres, peu nombreux, voient dans « le principe de négociation de bonne foi des conventions » le moyen de sanctionner la lésion qualifiée⁽¹²⁵⁾.

Avec le temps, le législateur et la jurisprudence français ont apporté de nombreux tempéraments au principe qui érige le refus de la lésion en règle, et son admission en exception⁽¹²⁶⁾. Deux exemples tirés de la jurisprudence illustrent cette évolution. Le premier consiste en la reconnaissance par les tribunaux français de la possibilité de réduire les honoraires des agents d'affaires et des mandataires lorsqu'ils les jugent excessifs, sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil⁽¹²⁷⁾. L'on trouve un autre exemple, plus intéressant à notre avis, dans un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 17 juin 1997⁽¹²⁸⁾. Sans qu'il soit à proprement parler question de lésion ici, la bonne foi — ou plus précisément son absence — constitue le soubassement de cette dernière affaire qui concerne le droit du cautionnement. En l'occurrence, un dirigeant de société souscrit un aval de

qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son expérience ».

(124) A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », *op. cit.*, pp. 10-37, p. 18, n° 12.

(125) D.-M. PHILIPPE dans sa discussion de l'ouvrage de W. DE BONDY (« De leer der gekwalificeerde benadeling » — *La théorie de la lésion qualifiée*), *op. cit.*, p. 346.

(126) Sur la lésion en droit français, cfr. Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, pp. 242 et seq.

(127) C.A. Rouen, 15 septembre 1992, *Semaine Juridique* (JCP), 1993.II.21981, note R. MARTIN.

(128) Cass. com., 17 juin 1997, *Cts. Macron et Banque internationale pour l'Afrique occidentale et autres*, *Recueil Dalloz-Sirey*, 1998, pp. 208-213, note J. CASEY.

FF. 20.000.000 manifestement sans rapport avec ses revenus (d'un montant mensuel de FF. 37.500) et avec son patrimoine (inférieur à FF. 4.000.000). Lors d'un appel en garantie, le dirigeant conteste l'engagement pris et en demande l'annulation pour erreur. Les juges du fond refusent de le suivre. Ils retiennent que son consentement n'a pas été vicié par l'erreur alléguée. Autrement dit, le dirigeant est condamné à s'exécuter. Pour autant, le montant de la garantie est considérablement allégé dans la mesure où la Cour d'appel de Paris « a pu estimer, en raison de 'l'énormité de la somme garantie par une personne physique' que, dans les circonstances de fait, *exclusives de toute bonne foi* de la banque, cette dernière, avait commis une faute en demandant un tel aval, 'sans aucun rapport' avec le patrimoine et les revenus de l'avaliste » (nous soulignons). En fin de compte, le dirigeant est condamné à payer à la banque vingt millions de francs, et la banque, elle, condamnée à lui verser quinze millions de francs (sommés qui se compensent). Le pourvoi principal formé par le dirigeant et le pourvoi incident formé par la banque sont tous deux rejetés. L'on ne peut parler ici de violation d'un devoir précontractuel d'information, pas plus que d'un quelconque vice du consentement. D'après la chambre commerciale, la mauvaise foi ici découle de la *seule énormité objective* de l'aval exigé par le créancier.

En Angleterre et aux Etats-Unis, une possibilité d'intervenir dans la relation contractuelle, dès la formation du contrat, reçoit une reconnaissance dans la théorie de l'*unconscionability*⁽¹²⁹⁾. Sans être spécifiquement rattachée à une obligation de *good faith*, cette théorie n'en est pas moins apparentée puisqu'elle serait le « pivot de nombreux domaines de l'*equity* »⁽¹³⁰⁾.

Aux Etats-Unis, l'*unconscionability*, consacrée à l'article 2-302 du *Uniform Commercial Code* (ci-après, *UCC*), agit sur le contrat lors de sa formation, et permet à une juridiction d'intervenir dans le contrat afin de corriger une disproportion grossière dans les

(129) L'essentiel des développements qui suivent s'attachent à la notion de *unconscionability* outre-Atlantique. Sur la notion de *unconscionability* en droit anglais, cfr. *Chitty on Contracts*, 26^e éd., Vol. I, n°s 537 et seq. ; J.F. O'CONNOR, *Good Faith in English Law*, *op. cit.*, pp. 20-21, et pp. 32-35. Cfr. aussi A. DUNNE, « Equity is Dead. Long Live Equity ! », *The Modern Law Review*, 1999, pp. 140-150 (et note 7 pour une jurisprudence abondante outre-Manche).

(130) A. DUNNE, « Equity is Dead. Long Live Equity ! », *op. cit.*, p. 141.

prestations respectives des parties et d'éviter que se produisent des résultats contraires à l'équité. On arrive par ce biais à sanctionner la conduite, sans doute non frauduleuse mais tout de même de mauvaise foi, d'une des parties. Pour Karl Llewellyn, l'article 2-302 du UCC constitue l'un des articles les plus importants du Code⁽¹³¹⁾.

Le terme même de *unconscionability* ne reçoit aucune définition précise dans le UCC. D'après le professeur Farnsworth, cette absence de définition est tout ensemble une faiblesse et une force⁽¹³²⁾. Comme pour la bonne foi en droit belge, nous ne sommes pas loin d'affirmer qu'il s'agit d'une notion-cadre, d'une notion ouverte, dont le juge est implicitement chargé d'éclairer le contenu... Aujourd'hui, la théorie de l'*unconscionability* trouve application dans de nombreuses affaires américaines⁽¹³³⁾. Dans l'affaire *Jones v. Star Credit Corporation*, par exemple, un couple aux revenus modestes (*welfare recipients*) achète un congélateur auprès d'un démarcheur. Celui-ci a manifestement abusé de la précarité économique et de l'ignorance de ses cocontractants. Le prix d'achat (coût du crédit, assurances et taxes compris) se monte à près de \$ 1500, or il s'avère que le congélateur vaut moins de \$ 300 au détail. Conscients de s'être fait spolier par ce contrat de crédit à la consommation, les acheteurs cherchent à en obtenir la résiliation. Pour le juge Wachtler, chargé de traiter le dossier, il y a manifestement absence de fraude. Le juge considère cependant que la disparité entre le prix d'achat et le prix au détail est telle qu'elle est constitutive de *unconscionability*. Le vendeur a « en toute connaissance de cause profité des demandeurs » et n'a pas été de bonne foi⁽¹³⁴⁾. Le juge considère qu'il convient d'introduire, par application de l'article 2-302 du UCC, « le sens moral de la communauté » dans toute transaction commerciale, et dans celle-ci en

(131) K. LLEWELLYN, 1 N.Y.L. Revision Commn. Hearings on the Uniform Commercial Code, 121 (1954), cité dans E.A. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, Boston, Little, Brown and Company, 1990, Vol. I, p. 496.

(132) E.A. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, op. cit., p. 500 : « That the term is incapable of precise definition is a source of both strength and weakness ».

(133) *Jones v. Star Credit Corporation*, Supreme Court of New York, 298 N.Y.S. 2d. 264 (1969).

(134) Traduction personnelle. La phrase exacte se lit : « knowing advantage was taken of the plaintiffs ».

particulier. Il ne sera pas exigé des demandeurs de payer plus que ce qu'ils auront déjà versé, soit \$ 600.

Si la section 2-302 du UCC vise le contrat de vente (*sale of goods*), la théorie de l'*unconscionability* a été étendue par analogie à bien d'autres contrats (contrats de franchise, de courtage immobilier, etc.). Par ailleurs, d'autres lois uniformes américaines consacrent des dispositions similaires⁽¹³⁵⁾.

Force est de constater qu'à la formation du contrat, le principe de bonne foi reçoit de nombreuses équivalences fonctionnelles en Angleterre et aux Etats-Unis : *duty of disclosure*, *promissory estoppel*, *unconscionability*, etc. Au demeurant, ce tour d'horizon offre un simple aperçu des nombreuses facettes de la *bonne foilgood faith* dans la formation du contrat. Il aurait pu se prolonger par l'examen d'autres questions. Il eût été possible d'examiner plus en profondeur la théorie de l'apparence en droit français ou en droit belge⁽¹³⁶⁾, ou d'autres cas de figure dans le *Common Law* faisant tantôt état d'un élargissement de la doctrine de *undue influence*⁽¹³⁷⁾, tantôt d'une extension de la notion de *economic*

(135) Cfr. *Uniform Consumer Credit Code* § 5.108 ; *Uniform Consumer Sales Practices Act* § 4 ; *Uniform Land Transactions Act* § 1-311 ; *Uniform Residential Landlord and Tenant Act* § 1.303, etc.

(136) Bien évidemment, la théorie de l'apparence n'est pas sans lien avec la question de la rupture déloyale de pourparlers, évoquée *supra*. Sur la théorie de l'apparence, cfr. en droit belge : S. STIJS, D. VAN GERVEN, et P. WÉRY, « Les obligations : des sources (1985-1995). Chronique de jurisprudence », op. cit., p. 693 et seq. (nombreuse jurisprudence citée). En droit français, cfr. A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 1995, pp. 250-256. L'acceptation de l'apparence dans la formation des contrats semble diversement appréciée en France. La chambre commerciale de la Cour de cassation se montrerait rigoureuse à l'égard des victimes de l'apparence : Cass. com., 25 novembre 1997, inédit, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998, pp. 361-363, obs. J. MESTRE qui voit une « offensive engagée contre l'apparence » (*ibid.*, p. 362). En revanche, la chambre civile de la Cour de cassation se montrerait plus souple à l'égard de cette théorie : Civ. 1^{re}, 18 novembre 1997, *Bull. civ.*, I, n° 316 ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998, pp. 668-669, obs. J. MESTRE.

(137) *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy* [1975] Q.B. 326. Sur la notion de *undue influence* et sa relation avec la *good faith*, cfr. P. BIRKS et C.N. YIN, « On the Nature of Undue Influence », in *Good Faith and Fault in Contract Law* (ed. J. BEATSON et D. FRIEDMANN), op. cit., pp. 57-97.

duress ⁽¹³⁸⁾. Pour l'heure, il nous suffit de constater qu'en Angleterre et aux Etats-Unis « l'arsenal jurisprudentiel et législatif existant amoindrit le besoin d'une règle générale de négocier de bonne foi » ⁽¹³⁹⁾.

III. — LA BONNE FOI ET L'EXÉCUTION DU CONTRAT ⁽¹⁴⁰⁾

Naturellement, l'article 1134, alinéa 3 du Code civil permet de sanctionner une série d'obligations découlant de l'exécution du contrat. On inclut ainsi dans le contenu de cet article le devoir de loyauté ou encore le devoir de coopération ou de collaboration ⁽¹⁴¹⁾. Un arrêt français, rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation en juin 1996, offre une illustration « exemplaire » de ce dernier devoir ⁽¹⁴²⁾. En l'occurrence, un contrat de fourniture de chauffage et de maintenance lie une copropriété avec la société Esys Montenay. En cours d'exécution du contrat, cette dernière fait connaître au syndicat des copropriétaires une offre tarifaire plus avantageuse de Gaz de France. Sur ces entrefaites, le syndicat apprend que Gaz de France offrait déjà ce tarif depuis deux ans et que la société en tirait avantage sans en faire bénéficier

(138) *North Ocean Shipping Co. v. Hyundai Construction Co.*, Queen's Bench Division [1979] Q.B. 705 ; [1979] 3 W.L.R. 419 ; [1978] 3 All E.R. 1170 ; sub nom. *The Atlantic Baron*, [1979] 1 Lloyd's Rep. 89.

(139) J.F. O'CONNOR, *Good Faith in English Law*, op. cit., p. 35 (traduction personnelle). La phrase exacte se lit : « The existing body of case law and statutes reduces the need for a general rule to negotiate in good faith... ».

(140) S'agissant de l'exécution du contrat, la bonne foi peut s'envisager sous deux angles différents : de la partie responsable de l'inexécution du contrat (le débiteur ayant agi de *mauvaise foi*), ou du créancier dont le droit à réparation varie avec l'intensité de l'exigence de bonne foi. Les développements qui suivent traitent exclusivement de ce deuxième aspect.

(141) Notons qu'on peut présenter le devoir d'information comme un corollaire de l'obligation de coopération, elle-même incluse dans l'obligation de loyauté ; cfr. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, op. cit., p. 351, et spéc. note 518.

(142) Cfr. Cass. civ., 1^{re}, 11 juin 1996, *Bull. civ.*, I, n° 245, p. 173 ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, pp. 425-426, obs. J. MESTRE. L'exemplarité de la décision est soulignée par Jacques Mestre. Cfr. aussi Cass. civ., 1^{re}, 27 juin 1995, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996, p. 393, obs. J. MESTRE (en matière bancaire).

la copropriété. Celle-ci agit en responsabilité contractuelle contre la société, pour application tardive du tarif, et réclame un montant représentant l'économie perdue, soit FF. 184.000. La Cour de cassation censure les juges du fond qui avaient écarté l'action motif pris de l'absence dans le contrat originel d'une obligation d'informer le syndicat quant à l'offre de nouveaux tarifs avantageux du gaz. Visant l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, la Cour de cassation énonce : « la société chargée par ses clients d'exploiter leur installation de chauffage et de fourniture d'eau chaude *était tenue de le faire au mieux de leurs intérêts* et, en conséquence, de les informer de toute possibilité de modification favorable des tarifs de Gaz de France ; en manquant à cette obligation pendant plus d'un an et demi, la société n'a pas satisfait à son devoir d'information et de conseil et a engagé sa responsabilité envers la copropriété Le Parc de Ramonville ; en statuant comme elle l'a fait la Cour d'appel a violé le texte susvisé » (nous soulignons).

Il est aussi communément admis en droit belge et français que le principe de bonne foi posé à l'article 1134, alinéa 3 du Code civil couvre l'obligation de modérer le dommage qui surviendrait de l'inexécution du contrat ⁽¹⁴³⁾. Pratiquement, cette obligation consiste, pour la partie lésée, à « prendre les mesures raisonnables de nature à limiter le dommage ou au moins à ne pas l'aggraver, alors qu'elle en a la possibilité » ⁽¹⁴⁴⁾. Cette obligation se rattache

(143) S. STUNS, D. VAN GERVEN, et P. WÉRY, « Les obligations : des sources (1985-1995). Chronique de jurisprudence », op. cit., p. 703. Notons qu'en France et en Belgique, le fondement de l'obligation de modérer le dommage peut trouver sa source dans l'article 1382 (qui veut que l'on gère son dommage comme l'aurait fait un homme normalement prudent et avisé). Il s'agirait ici du pendant, en droit de la responsabilité délictuelle, de l'obligation de bonne foi en droit des contrats. Par ailleurs, Bernard Hanotiau fait référence à un arrêt de la Cour d'appel de Liège, du 24 juin 1986, tendant à établir le lien entre l'obligation de modérer le dommage et les règles du droit civil qui régissent la gestion d'affaires (en Belgique, article 1375 du C. civ.). Cfr. B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la responsabilité civile contractuelle et extra-contractuelle », *R.G.A.R.*, 1987, 11289, n° 28.

(144) R. KRUTHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass., 22 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, pp. 12 et seq.

soit à la fonction complétive de la bonne foi ⁽¹⁴⁵⁾, soit à la théorie de l'abus de droit qui, elle-même, constitue un cas d'application du principe d'exécution de bonne foi des conventions ⁽¹⁴⁶⁾.

En droit anglo-américain, l'obligation de restreindre le dommage trouve son pendant dans la *duty to mitigate*, reconnue depuis longue date ⁽¹⁴⁷⁾. Quoique le rattachement de cette *duty* à la *good faith* prête à discussion ⁽¹⁴⁸⁾, il nous semble que le lien s'impose dans la mesure où les parties sont généralement tenues d'agir avec loyauté et modération dans l'exécution du contrat, y compris et

(145) En ce sens, cfr. Liège, 25 mai 1990, *R.R.D.*, 1990, p. 507 : « le créancier qui ne prend pas les mesures nécessaires pour limiter le préjudice causé par la faute de son débiteur viole l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi et commet une faute contractuelle » (nous soulignons). En l'occurrence, les intimés avaient obtenu une ouverture de crédit en 1970 auprès de la Générale de Banque, appelante, moyennant l'hypothèque de divers immeubles des intimés et la remise de titres en gage. Suite à un concordat judiciaire, accordé en 1974, une assemblée générale de créanciers eut lieu à laquelle ne participa pas l'appelante-créancière. Les immeubles et les titres furent réalisés par le liquidateur en 1975 et 1977 respectivement. En vertu de l'article 5 du règlement des ouvertures de crédit, il était pourtant prévu que : « la Banque a[vait] la faculté de mettre fin au crédit ou de le suspendre [...] en cas de simple demande de sursis ou de concordat amiable ou judiciaire formulée par lui [le crédit] ». Pour la Cour d'appel de Liège, l'appelante ne s'était pas comportée en « créancier normalement prudent et diligent ». Elle a, au contraire, fait preuve d'une « inertie et d'une passivité gravement fautive ».

(146) Cfr. Cass., 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 282-285 ; Cass., 16 janvier 1986, *Pas.*, 1986, p. 602. Sur le lien entre l'abus de droit et l'obligation de restreindre le dommage, cfr. T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruxelles, Bruylant, 1984, n° 224 ; S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *J.T.*, 1990, pp. 33-44.

(147) Certains auteurs considèrent qu'il s'agit plus d'un *requirement* que d'une *duty*. Sur la distinction entre *duty* et *requirement to mitigate*, cfr. D. FRIEDMANN, « Good Faith and Remedies for Breach of Contract », in *Good Faith and Fault in Contract Law*, op. cit., pp. 399-425, p. 399 (note 2) et p. 408 (note 35). Ici, les deux termes sont employés de manière interchangeable.

(148) Le rattachement de la *duty to mitigate* à la *good faith* est contesté par certains auteurs qui considèrent que la *duty to mitigate* : « est en soi un principe général du droit ». Cfr. B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle », op. cit., n° 15.

jusque dans sa dissolution ⁽¹⁴⁹⁾. Dès 1677, la *King's Bench Division* fit application de cette obligation de modérer le dommage dans l'affaire *Vertue v. Bird* ⁽¹⁵⁰⁾. En l'espèce, le demandeur devait livrer du maïs dans la ville de Ipswich, chef-lieu du comté de Suffolk. L'acheteur n'arrivant pas à l'heure convenue, le demandeur laissa la livraison, et ses chevaux, en plein soleil. Quatre chevaux contractèrent une maladie et périrent. La juridiction saisie de l'affaire refusa d'accorder au demandeur la contre-valeur des chevaux au motif qu'il aurait dû les placer à l'ombre, ou bien quitter Ipswich avec ses chevaux en y laissant la livraison.

L'affaire américaine, *Rockingham County v. Luten Bridge Company*, jugée par une juridiction fédérale en 1929, illustre également ce *good faith requirement* ⁽¹⁵¹⁾. Ici, le comté de Rockingham, situé dans l'Etat de Caroline du Nord, conclut un contrat avec la *Luten Bridge Company*, pour la construction d'un pont qui doit faire partie d'un nouveau réseau routier. Quelques semaines après la signature du contrat, un élu du comté démissionne et est remplacé. L'exécutif du comté, nouvellement formé, revient sur la décision de construire le pont. Cette rétractation est notifiée à l'entrepreneur qui poursuit néanmoins les travaux jusqu'à leur achèvement complet. Au bout de neuf mois, les frais à charge de l'entrepreneur s'élèvent à plus de \$ 18.000. Selon ce dernier, la démission originelle du premier élu et son remplacement ne sont pas valables. En conséquence, la décision de rétractation du comté est entachée d'irrégularité et n'aurait pu lui être régulièrement notifiée. Le juge de première instance fait droit aux prétentions de l'entrepreneur réclamant le remboursement des frais engagés. La Cour d'appel fédérale, quant à elle, revient sur cette décision. Il lui apparaît manifeste que, quand bien même le comté n'aurait pas été en droit de résilier le contrat, et aurait commis un manquement contractuel en notifiant la décision de rétractation à l'entrepreneur (*breach of contract*), la décision est valable en tant qu'elle ressort des attributions afférentes à l'exécutif du comté. Autrement dit, c'est l'équiva-

(149) Voir entre autres : D. FRIEDMANN, « Good Faith and Remedies for Breach of Contract », in *Good Faith and Fault in Contract Law*, op. cit., pp. 399-425, p. 408 : « It has rightly been pointed out that the rules on mitigation reflect a requirement of good faith ».

(150) *Vertue v. Bird* [1677] 3 Keble 766, 84 Eng. Rep. 1000.

(151) *Rockingham County v. Luten Bridge Co.*, 35 F.(2d) 301.

lent américain de la théorie du *fonctionnaire de fait* qui s'applique en l'espèce⁽¹⁵²⁾. En ce qui concerne plus particulièrement l'entrepreneur, il était de son devoir de ne rien faire qui aggrave les conséquences du manquement contractuel : « Lorsque le comté avait informé le demandeur de son intention de ne plus procéder avec le projet, le demandeur aurait dû s'abstenir de travailler. Il n'était nullement habilité à laisser s'accumuler des dommages en procédant à l'érection d'un pont inutile »⁽¹⁵³⁾. En fin de compte, le demandeur recouvre la somme dépensée avant la rupture du contrat ainsi que les *anticipated profits*, c'est-à-dire, les bénéfices qu'il aurait réalisés si le contrat avait été exécuté correctement. On le voit : la partie lésée doit agir avec *diligence* et prendre toutes les mesures *raisonnables* afin de limiter son préjudice⁽¹⁵⁴⁾. Elle doit agir avec *good faith*. Sinon, elle ne pourra obtenir d'indemnisation pour la partie du préjudice qui aurait pu être évitée.

Outre la jurisprudence, de nombreuses dispositions législatives, telles que les articles 50 et 51 du *Sale of Goods Act 1979* anglais, consacrent la *duty to mitigate*.

CONCLUSIONS

Personne ne conteste qu'un principe général de bonne foi transparaît fortement (et peut-être abusivement aujourd'hui) au travers des systèmes juridiques civilistes. Sans doute est-ce la marque d'un

(152) D'après le juge Parker : « The rule is well-settled [...] that the acts of *de facto* officer will be held in respect to the public whom he represents and to third persons with whom he deals officially, notwithstanding there is a want of power to appoint him in the person or body which professed to do so » : *Rockingham County v. Luten Bridge Co.*, 35 F.(2d) 301, at 307 (point 11).

(153) *Rockingham County v. Luten Bridge Co.*, 35 F.(2d) 301, at 307 (points 12-13) (traduction personnelle). Le passage exact se lit : « When, therefore, the county gave notice to the plaintiff that it would not proceed with the project, plaintiff should have desisted from further work. It had no right thus to pile up damages by proceeding with the erection of a useless bridge ».

(154) Quant au caractère *raisonnable* des mesures à prendre afin de modérer le préjudice, il est communément admis que la partie lésée ne doit pas faire autre chose que ce qu'elle fait normalement dans la gestion de ses affaires. Elle n'est tenue qu'à concurrence de ses moyens et doit éviter de prendre des risques excessifs. Pour une illustration récente en droit américain, cfr. *Bank One, Texas N.A. v. Taylor*, 970 F.2d 16 (5th Cir. 1992).

penchant pour l'abstraction et d'une tendance à la généralité de la règle de droit. De même, on ne peut que reconnaître qu'un principe général de *good faith* n'existe pas dans les pays du *Common Law*. C'est somme toute logique. Comme l'écrivait le juriste américain Benjamin Cardozo (1870-1938) : « Le *Common Law* ne fonctionne pas à partir de vérités préétablies d'une validité universelle et inflexible vers des conclusions qu'on y déduit. Sa méthode est inductive, et elle tire ses généralisations de cas particuliers »⁽¹⁵⁵⁾.

Ces constatations ne font que confirmer ce que nous avons écrit en introduction. Le droit est travail d'adaptation et de sédimentation. On ne fait pas preuve d'originalité en rappelant que les lois sont « propres au peuple pour lequel elles sont faites »⁽¹⁵⁶⁾.

Il ne faudrait cependant pas croire que les systèmes juridiques sont voués à emprunter des routes qui ne se croisent jamais. Les Anglais sont sans doute agacés (*irritated*) par la notion de *good faith*, mais à y regarder de près : « en présence d'un problème concret, la pratique révèle que juristes français et anglais s'accordent sur des solutions voisines »⁽¹⁵⁷⁾.

Du reste, les Américains éprouvent infiniment moins de réticences que les Anglais à reconnaître le concept de *good faith*. Les Etats-Unis connaissent la notion depuis des décennies et la doctrine n'a jamais fait preuve, semble-t-il, d'une inquiétude particulière à son égard⁽¹⁵⁸⁾. Dans certains Etats américains, pour des raisons évidentes, ces origines lointaines remontent au début du 19^e siècle. Ainsi l'article 1901 du Code civil louisianais qui, dans sa version de 1808, prévoit un article strictement identique à l'ar-

(155) B. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven-London, Yale University Press, 1921, pp. 22-23 (traduction personnelle). La phrase exacte se lit : « The common law does not work from preestablished truths of universal and inflexible validity to conclusions derived from them deductively. Its method is inductive, and it draws its generalizations from particulars ».

(156) MONTESQUIEU, *Esprit des Lois* (Livre I, Chapitre 3), Paris, Gallimard (coll. *La Pléiade* — Œuvres complètes), 1951, t. 2, p. 237.

(157) J.-P. BÉRAUDO, « Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international », *La Semaine Juridique* [JCP], 1995, Éd. G., I, 3842, n° 7.

(158) « We in the United States [...] have had a generally accepted concept of good faith for decades » : E.A. FARNSWORTH, « The Concept of 'Good Faith' in American Law », conférence prononcée devant le *Centro di studi e ricerche diritto comparato e stranieri*, avril 1993, <<http://www.cnr.it/CRDCS/frames10.htm>>.

ticle 1134 du Code civil français. Aujourd'hui, quoique controversée, il semble que la *good faith* puisse servir de cause autonome à une action judiciaire aux Etats-Unis⁽¹⁵⁹⁾. Le UCC, quant à lui, consacre la *good faith* dans son article 1-203⁽¹⁶⁰⁾. La notion est mentionnée par ailleurs, dans ce même Code, quelque quatre cents fois⁽¹⁶¹⁾. Sans doute l'influence de son rapporteur principal, Karl Llewellyn, qui avait étudié et enseigné à Leipzig (et qui donc était versé dans la *Treu und Glauben*) y est-elle pour quelque chose⁽¹⁶²⁾.

Quant à l'Angleterre, la notion provoque une irritation certaine, mais il serait inexact d'affirmer qu'un front unanime se ligue contre elle. Certains auteurs et juges accueillent la bonne foi ou ses succédanés sans peine, et ce depuis longtemps (on pense à Lord Mansfield au 18^e siècle ou à Lord Denning au 20^e)⁽¹⁶³⁾. De toute façon, reconnaît le *Lord High Chancellor* actuel — Lord Irvine of Lairg, les juridictions britanniques sont appelées à être plus attentives aux questions de « morality and justifiability », qui relevaient autrefois du domaine de l'*Equity*⁽¹⁶⁴⁾. Le motif de cette évolution, pour le membre du Cabinet, résiderait... dans la *Human Rights Act 1998* qui fait entrer la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales

(159) Cfr. E.A. FARNSWORTH, « Good Faith in Contract Performance », in *Good Faith and Fault in Contract Law*, op. cit., pp. 153-170, pp. 165-166.

(160) L'article 1-203 du UCC dispose : « Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement ». L'article 205 du *Restatement (Second) of Contracts* prévoit de façon extrêmement similaire : « Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and enforcement ».

(161) Cfr. E.A. FARNSWORTH, « Good Faith in Contract Performance », in *Good Faith and Fault in Contract Law*, op. cit., pp. 153-170, p. 155.

(162) Ajoutons que la paternité de l'article 2-302 du UCC (sur l'*unconscionability*) est attribuée à Llewellyn. Cfr. à ce sujet E.A. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, op. cit., p. 496, note 3.

(163) Voir notamment un *dictum* de Lord Mansfield en 1766, pour qui la *good faith* constitue : « le principe qui gouverne... tous les contrats et affaires » (traduction personnelle). La phrase exacte se lit : « governing principle... applicable to all contracts and dealings » : cfr. *Carter v. Boehm* [1766] 3 Burr 1905, at 1910, 97 RR 1162, at 1164.

(164) Lord IRVINE, « The Development of Human Rights in Britain under an Incorporated Convention on Human Rights », [1998] Public Law 221, 235, cité par A. DUNNE, « Equity is Dead. Long Live Equity! », op. cit., p. 150, et note 56.

dans l'ordre juridique anglais⁽¹⁶⁵⁾ ! Indépendamment de cette évolution hypothétique, le droit européen sert incontestablement de facteur d'intégration dans ce domaine comme dans tant d'autres. Du reste, conformément à l'article 5 du Traité de Rome, le Royaume-Uni se doit d'exécuter ses obligations communautaires, en ce compris la directive de 1993 qui consacre la bonne foi,... de *bonne foi*⁽¹⁶⁶⁾⁽¹⁶⁷⁾.

Ces comparaisons s'achèvent sur un constat simple. Qu'il s'agisse de la formation du contrat ou de son exécution « on arrive souvent aux mêmes conclusions mais par des voies différentes »⁽¹⁶⁸⁾. Aussi, il nous apparaît que loin de constituer une simple hypothèse en vogue, la démarche fonctionnaliste, que nous venons d'illustrer au travers de nombreux exemples, constitue un outil indispensable pour la compréhension des droits voisins. Sans cette démarche, le droit comparé se réduirait à une juxtaposition de différences *hétérotopiques*⁽¹⁶⁹⁾. Le droit comparé est affaire de différences, mais aussi de rencontres et de convergences (parfois dissimulées). La bonne foi, avec ses nombreux équivalents fonctionnels de part et d'autre des systèmes juridiques, illustre ces rencontres.

(165) La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales n'est entrée dans l'ordre juridique anglais qu'en novembre 1998, et encore, de manière fort singulière : cfr. K.D. EWING, « The Human Rights Act and Parliamentary Democracy », *The Modern Law Review*, 1999, pp. 79-99, pp. 84-86. Pour le texte complet de la *Human Rights Act 1998*, cfr. <<http://www.hmsa.gov.uk/acts/acts1998/80042--a.htm#end>>.

(166) Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.C.E.*, n° L 95/29 du 21.4.93.

(167) L'article 5 CE dispose : « Les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celles-ci l'application de sa mission.

Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent Traité ».

(168) R. GOODE, « 'Good Faith' in English Law », op. cit. (traduction personnelle). La phrase exacte se lit : « In many cases we arrive at the same answers as you but by a different route ».

(169) Cfr. M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966, p. 6.