

*Migrations juridiques autour de la bonne foi**

François R. VAN DER MENSBRUGGHE

« 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 others side but our own features reflected in the glass »¹.

Beaucoup — presque tout — a été écrit sur la bonne foi. En droit belge et ailleurs, cette notion se décline sur de multiples registres et s'offre à d'infinies 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...), au point d'être reconnue comme principe général de droit². En tant qu'expression d'un devoir général de loyauté et

* Je tiens à remercier Xavier Thunis pour ses 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», dans *Columbia Law Review*, 53 (1953), p. 597 .

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, cf. S. STIJNS, D. VAN GERVEN, et P. WÉRY, «Les obligations : des sources (1985-1995). Chronique de jurisprudence», dans *J.T.*, p. 701 ; S. DAVID-CONSTANT s.l.d., *La bonne foi*, Liège, 1990. Sur les applications variées de la bonne foi en droit anglais (*administrative law, company law, law of tort, law of trusts and property*), cf. J.F. O'CONNOR, *Good Faith in English Law*, Aldershot, 1990.

d'honnêteté, la bonne foi constitue « une mer sans rivages »³. 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. Aujourd'hui, elle 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 droit⁴.

Brosser un tableau de la bonne foi/good faith/goede trouw/Treu und Glauben⁵ 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*⁶). En Angleterre, Lord Justice Bingham fait ressortir cette dichotomie dans un *dictum* célèbre lorsqu'il énonce : « 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 »⁷. Il ajoute :

3. S. DAVID-CONSTANT, «La bonne foi : une mer sans rivages», dans S. DAVID-CONSTANT s.l.d., *op. cit.*, pp. 7-16.

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

5. 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*, cf. N. HORN, H. KÖTZ et H.G. LESER, *German Private and Commercial Law : an Introduction*, Oxford, 1982, chap. 8 ; P. SCHLECHTRIEM, «Good Faith in German Law and in International Uniform Laws», conférence prononcée devant le *Centro di studi e ricerche di 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», dans J. BEATSON et D. FRIEDMANN éd., *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995, p. 170 et s.

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

7. *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

« English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle »⁸.

Comme de coutume, ces simplifications ont une part de vérité et une part d'approximation. Là où le juriste belge pensait avoir affaire à une notion spécifiquement continentale, il a tâté fait de se rendre compte qu'il a affaire à une notion qui 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, il n'en est pas moins vrai que ce droit : « has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness »⁹. Aucun système juridique ne rejette entièrement la bonne foi. Tous, peu ou prou, s'y réfèrent par des concepts ou des 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. Aux fins d'illustrer cette problématique, la première partie de cette contribution compare la bonne foi en Belgique avec ses équivalents fonctionnels en droit anglo-américain. Cette comparaison relève d'une comparaison classique, c'est-à-dire horizontale, entre systèmes nationaux.

Il restera à analyser comment des ordres juridiques internationaux — ou anationaux (c'est-à-dire non-étatiques) — affectent la bonne foi dans les différents systèmes nationaux, et comment, en sens inverse, ceux-ci permettent à la bonne foi d'émerger dans les ordres juridiques internationaux ou anationaux. En somme, il s'agira d'effectuer une comparaison que l'on pourrait qualifier de verticale .

rend exécutoire un principe supérieur selon lequel, en concluant et exécutant les contrats, les parties doivent agir de bonne foi» (traduction personnelle).

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

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

L'APPROCHE COMPARATIVE DE LA BONNE FOI EN DROIT BELGE ET EN DROIT ANGLO-AMÉRICAIN (COMPARAISON HORIZONTALE)

Tout système juridique produit et entretient son propre langage technique¹⁰. Il s'agit là d'« une exigence irréductible de la fonction du droit » puisque le droit appelle naturellement une démarche de précision¹¹. 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 terminologie¹². 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, l'on s'accorde généralement à qualifier la bonne foi de « norme ouverte »¹³, sinon de « notion-cadre »¹⁴. Il s'agit d'un concept aux contours flous, dont le juge

10. Cette technicité du langage du droit n'est pas sans inconvénients : cf. A. GARAPON, *L'âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 1985, pp. 124-126.

11. G. CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, 1990, p. 24.

12. 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». Cf. H.C. GUTTERIDGE, «The Comparative Aspects of Legal Terminology», dans *Tulane Law Review*, XII (1938), pp. 401 et 403.

13. Cf. M. HESSELINK, «Good Faith», dans A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. DU PERRON éd., *Towards a European Civil Code*, La Haye, 1998 : «[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).

14. L. CORNELIS, «La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté», dans S. DAVID-CONSTANT s.l.d., *op. cit.*, p. 39. Cf. aussi C. MASSE, «Rapport général — la bonne foi dans la formation du contrat» dans

est chargé d'éclairer le contenu¹⁵. Il ne peut être appréhendé de manière univoque. Schématiquement, la notion remplit trois fonctions principales : interprétative, complétive (ou supplétive), et modératrice (ou dérogoire). Une quatrième fonction — modificatrice (ou adaptatrice) — de la bonne foi a été envisagé, 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 cassation de Belgique. Ces différentes fonctions seront explicitées dans le cours de l'exposé¹⁶.

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...*¹⁷. 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 1880¹⁸). Sur le plan économique domine une doctrine de

La bonne foi, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIII, Paris, 1992, p. 221.

15. V. R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. VI, Paris, 1931, n° 6. Il s'agit d'un «standard remis à l'application du juge».

16. Pour plus de détails, cf. S. STIJNS, D. VAN GERVEN, et P. WÉRY, «Les obligations...», *op. cit.*, pp. 701 et s. ; L. CORNELIS, «La bonne foi...», *op. cit.*, pp. 47 et s.

17. 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». Cf. R. GOODE, «"Good Faith" in English Law», conférence prononcée devant le *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e stranieri*, mars 1992.

18. Sur la période «classique» du *Contract Law* anglais, cf. P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979 ; J. BEATSON et D. FRIEDMANN, «Introduction : From "Classical" to Modern Contract Law», dans *Good Faith and Fault in Contract Law*, *op. cit.*, p. 7. Aujourd'hui, ce découpage est contesté sur le plan historique : cf. A.W.B. SIMPSON, «The Horwitz Thesis and the History of Contracts», dans *University of Chicago*

laissez-faire absolu, telle que formulée par Jeremy Bentham, Adam Smith ou encore James Wilson¹⁹. Sur le plan juridique, cette période se caractérise par l'application stricte de la maxime *caveat emptor*²⁰ 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). Cet âge d'or anglais est aussi sévèrement jugé à l'étranger. 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'Angleterre²¹. Le Professeur Atiyah pense que le principe de *good faith* était sur le point d'émerger en Angleterre à la fin du 18^e siècle²². Lord Mansfield ne s'y serait pas opposé, voire l'aurait encouragé comme l'atteste l'affaire *Carter v. Boehm*, jugée en 1766²³. 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

Law Review, 533 (1979) ; J.L. BARTON, «The Enforcement of Hard Bargains», dans *Law Quarterly Review*, 118 (1987).

19. 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, cf. P.S. ATIYAH, *op. cit.*, pp. 226-237. Sur James Wilson (rédacteur en chef de l'hebdomadaire anglais *The Economist*), cf. SCOTT-GORDON, «The London *Economist* and the High-Tide of Laissez Faire», dans *Journal of Political Economy*, 461 (1955).

20. 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, *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).

21. P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, Osnabrück, 1968 (réimpression de l'édition de 1827), p. 119 et note (a).

22. P.S. ATIYAH, *op. cit.*, p. 168.

23. 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» : cf. *Carter v. Boehm* [1766] 3 Burr 1905, at 1910, 97 E.R. 1162, at 1164.

« paternaliste » que la *good faith*²⁴. 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'État et de l'intérêt général²⁵, en Angleterre, par l'individualisme et la *self-reliance* ²⁶.

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 : « la culture économique anglaise ne semble pas constituer un terreau fertile pour l'éclosion de la bonne foi continentale »²⁷. Pour avancer sa thèse, l'auteur de la *London School of Economics* s'appuie sur le fait que le Royaume-Uni, les États-Unis, l'Irlande, le Canada et la Nouvelle-Zélande feraient partie d'un groupe d'économies de marché, relativement non-réglémentées (*Liberal Market Economies*), tandis que le continent européen rassemblerait des économies dirigées (*Business Coordinated Economies*)²⁸. 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* ²⁹.

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 États-Unis sont aussi réglementés que les États d'Europe occidentale, sinon plus³⁰. Sur

24. L'expression est du Professeur Atiyah : P.S. ATIYAH, *op. cit.*, p. 168.

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

26. P.S. ATIYAH, *op. cit.*, pp. 278-283.

27. G. TEUBNER, «Legal Irritants...», *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 fides* would blossom».

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

29. *Ibid.*, p. 27.

30. Il n'est que de penser aux télécommunications ou aux autres *public utilities*. Cf. G.J. MULGAN, *Communication and Control. Networks and the New Economies of Communication*, New York-Londres, 1991, p. 243. De

le plan juridique, les affirmations de Teubner font fi d'équivalences fonctionnelles de la bonne foi. Du reste, l'auteur récuse l'existence même du fonctionnalisme³¹. 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 (« I take issue with [it] »)³². Pareille prise de position n'emporte pas la conviction. D'abord, le professeur Teubner n'avance pas 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 discipline. N'est-ce pas évacuer un peu précipitamment les *piecemeal solutions* évoquées par Lord Justice Bingham que de nier l'existence des mêmes interrogations qui se posent à travers des systèmes juridiques différents³³ ?

Il nous semble que, si le droit anglais ne connaît pas à proprement parler de concept général de la bonne foi, la jurisprudence et le législateur n'en recourent pas moins à des parades. Les exemples qui suivent se situent au moment de la formation du contrat, et lors de son exécution.

La bonne foi dans la formation du contrat

Trois questions retiendront notre attention dans la formation du contrat. D'abord, on s'attardera sur l'existence d'un devoir de renseignement dérivé de la bonne foi, avant d'examiner la notion de *culpa in contrahendo*. Enfin, il s'agira d'analyser

façon générale, sur l'importance de la réglementation en Europe, cf. «Festooned with red tape», *The Economist*, 21 octobre 1995, pp. 38-39. Sur la question aux États-Unis, cf. «Over-regulating America», *The Economist*, 27 juillet 1996, pp. 19-21.

31. G. TEUBNER, «Legal Irritants...», *op. cit.*, pp. 12-13.

32. *Ibid.*, p. 12.

33. 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», dans *Encyclopaedia of Public International Law*, Amsterdam, 1987, pp. 52-58 ; K. ZWEIFERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 2^e éd., Oxford, 1992, p. 31.

l'*unconscionability* comme moyen d'éviter que se produisent des résultats contraires à l'équité.

Le devoir de renseignement - Duty of disclosure

La fonction complétive de la bonne foi permet au juge belge d'imposer aux parties contractantes des obligations additionnelles comme le devoir de renseignement, de loyauté, et de collaboration³⁴. En droit anglo-américain, il n'y a en principe pas obligation d'informer l'autre partie lors de la période de formation du contrat (*duty of disclosure*). Elle se retrouve essentiellement dans les contrats *uberrimae fidei*. Il en est ainsi, par exemple, des contrats de *partnership* (société) et de *suretyship* (cautionnement), ainsi que des contrats conclus entre un assuré et sa compagnie d'assurances³⁵. Ces contrats où se dessine un *duty of disclosure* sont toutefois singuliers. Il s'agit de contrats « d'une bonne foi absolue » (« of the utmost good faith »)³⁶. 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 contrat³⁷. Le droit

34. S. STIJNS, D. VAN GERVEN, et P. WÉRY, *op. cit.*, p. 702. Cf. Bruxelles, 15 octobre 1936, *R.G.A.R.*, 1937, n°2325 ; Cass., 22 juin 1978, *R.C.J.B.*, 1980, p. 322.

35. Parmi les manuels de base en droit anglais, cf. sur les contrats *uberrimae fidei* : *Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles*, 26^e éd., Londres, 1983, § 419 et 481-493 ; A.G. GUEST, *Cheshire and Fifoot, Law of Contract*, 10^e éd., 1981, p. 268 ; M.P. FURMSTON, *Anson's Law of Contract*, 26^e éd., 1984 ; G.H. TREITEL, *Law of Contract*, 6^e éd., 1983, p. 304.

Les exemples en matière d'assurances sont extrêmement nombreux. Cf. *Chitty on Contracts...*, *op. cit.*, § 482 (p. 324).

36. M. FABRE-MAGNAN, «Duties of Disclosure and French Contract Law : Contribution to an Economic Analysis», dans *Good Faith and Fault in Contract Law*, *op. cit.*, p. 105.

37. Pour une analyse économique du (non-)devoir de renseignement, cf. A.T. KRONMAN, «Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts», *Journal of Legal Studies*, 1, 7 (1978) ; P.S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1989, pp. 265 et s. ; B. RUDDEN, «Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignement», dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1985, pp. 91-103 ; 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. 107-120.

belge connaît depuis longtemps cette exigence d'informer l'autre partie dans les contrats d'assurance. 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 risque a été modifié au point qu'il n'aurait pas contracté aux mêmes conditions s'il avait eu connaissance des faits non divulgués ou faussement rapportés³⁸.

Indépendamment des contrats d'assurance, un exemple de contrat *uberrimae fidei* 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 the High Court* en 1976 est symptomatique de cette controverse³⁹. 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-divulgateion 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 avancé par le mari éconduit. Les parties en

38. Cf. article 7 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, cf. H. DE RODE, «La bonne foi et l'assurance», dans S. DAVID-CONSTANT s.l.d., *op. cit.*, pp. 163 et s. 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 Mme. 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.

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

instance de divorce ne sont tenues d'aucun devoir de renseignement particulier⁴⁰. Sur ce point cependant, la *House of Lords* infirme la décision dans l'affaire *Livesey v. Jenkins* rendue en 1984⁴¹. En d'autres termes, les parties sont bien tenues d'un devoir de renseignement — complet — quant aux faits matériels qui peuvent affecter le *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 *uberrimae fidei* 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*⁴². Les *Lords* en déduisirent une obligation de « full and frank disclosure of all material facts »⁴³. 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.

Par-delà les 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.*

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

41. *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, p. 115).

42. D'autres exemples de consécration législative de *good faith* existent en droit anglais. Nous songeons en particulier à la *Unfair Contract Terms Act 1977* (évoquée *infra*, dans la deuxième partie), ou bien 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*.

43. *Ibid.*, 1 All E.R. 106, 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. Cf. S.M. CRETNEY et J.M. MASSON, *Principles of Family Law*, 6^e éd., Londres, 1997, p. 435, note 31.

*Gurney*⁴⁴. Cette approche stricte de la relation contractuelle s'appliquait quel que soit le caractère moralement répréhensible des faits non divulgués⁴⁵. 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'entraîne en ligne de compte »⁴⁶. 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 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*)... »⁴⁷.

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 1960⁴⁸. Dans cette affaire, un couple (les Obde) achètent 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

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

45. *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».

46. W.P KEETON, «Fraud, Concealment and Non-Disclosure», *Texas Law Review*, 15 (1936), p. 31 .

47. 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...».

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

rien divulgué aux acheteurs (qui n'avaient rien demandé). Les cinq magistrats de la Cour suprême de Washington, après avoir soupesé le 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 »⁴⁹.

Il est manifeste dans cette affaire, comme dans d'autres⁵⁰, que les juridictions américaines s'appuient, non pas sur la notion de *misrepresentation*⁵¹, mais bien sur une notion de *good faith*, qui reçoit tantôt la qualification de *reasonableness*, tantôt celle de *honesty*, ou de « *justice, equity and fair dealing* », comme dans l'affaire présente. Telle était, du reste, la voie préconisée par le professeur Keeton dès 1936⁵².

Culpa in contrahendo et promissory estoppel

La *culpa in contrahendo* est absente de la plupart des manuels de *Contract Law*. Elle est — pour ainsi dire — inconnue

49. *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».

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

51. 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).

52. W.P. KEETON, «Fraud...», *op. cit.*, p. 31.

du droit anglo-américain⁵³. Dans une formule qui ne laisse place à aucun doute, Roy Goode précise :

« Nous ne voyons aucun mal à ce qu'une partie coupe brutalement court aux négociations, même si elle avait amené l'autre partie au bord 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 »⁵⁴.

Si les Anglo-Américains ne connaissent pas la *culpa in contrahendo*, ils envisagent le problème de la responsabilité précontractuelle auquel correspond cette notion. Nous en voyons une illustration dans la notion de *promissory estoppel* explicitée dans une jurisprudence bien établie aujourd'hui⁵⁵. Cette notion permet de corriger une situation où, pour des raisons techniques (e.g. 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. Elle est en quelque sorte « stoppée » dans ses pas. Un exemple significatif de *promissory estoppel* se trouve dans une affaire tranchée par la *Supreme Court of Wisconsin* en 1965⁵⁶. En l'espèce, un couple (les

53. Sur la *culpa in contrahendo*, cf. l'article célèbre de IHERING, «Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen» *Iherings Jahrbücher*, 1, 4 (1861). Pour un sommaire d'ensemble de la question en droit allemand et en droit français, cf. A.T. von MEHREN et J.R. GORDLEY, *The Civil Law System*, 2^e éd., Boston, 1977, pp. 837-850 ; B. NICHOLAS, *French Law of Contract*, Londres, 1982, pp. 67-69. En droit français, cf. Cass. com., 22 février 1994, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994.849, obs. J. MESTRE, et Cass. com., 22 avril 1997, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997.651, obs. J. MESTRE. Pour une vue d'ensemble, cf. 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, 1995, n° 58.

54. 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».

55. On exclut, dans les développements qui suivent, l'hypothèse où la partie fautive serait «liable in tort» (ce qui renverrait à une responsabilité extracontractuelle).

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

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 déménagement, 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 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 l'affaire présente. 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 non plus : « le dossier fait ressortir de nombreuses promesses et assurances [...] qui ont induit les demandeurs à agir à leur détriment » (nous soulignons)⁵⁷. 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 »⁵⁸. Autrement dit, l'attitude du promettant peut mener à une intervention judiciaire afin de corriger l'injustice résultant de cette attitude, 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 foi⁵⁹.

57. 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*.

58. Traduction personnelle. Dans ce passage, le *Chief Justice* Currie, de la *Supreme Court of Wisconsin*, cite un confrère de l'État de 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». Cf. *Hoffman v. Red Owl Stores*, 133 N.W. 2d 267, at 274 [point 1].

59. Le *Petit Robert* définit l'adjectif *déloyal[ale, aux]* comme suit : «Qui dénote un manque de loyauté, de bonne foi»....

La *promissory estoppel* est explicitement reconnue dans les œuvres américaines de codification jurisprudentielle⁶⁰. Ainsi, le *Restatement (Second) of Contracts*, § 90 prévoit :

« 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 »⁶¹.

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 conclu⁶². 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 se doit d'être tranchée en droit)⁶³.

60. 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, cf. S. HERMAN, «The Fate and Future of Codification in America», dans *The American Journal of Legal History*, vol. XL, 1996, pp. 425-432 ; G.C. HAZARD Jr., «The American Law Institute : What it Is and What it Does», conférence prononcée devant le *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e stranieri*, avril 1994, <<http://www.cnr.it/CRDCS/frames14.htm>>.

61. 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».

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

63. *Ibid.*

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-intérêts⁶⁴.

La théorie de l'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. Cette fonction a clairement été condamnée par la Cour de cassation de Belgique en 1994⁶⁵. Aux États-Unis, une possibilité d'intervenir dans la relation contractuelle, sans être spécifiquement rattachée à une obligation de *good faith*, reçoit une reconnaissance non négligeable dans la théorie de *l'unconscionability*⁶⁶. L'équivalent belge le plus proche de cette théorie se retrouve sans doute dans la notion de lésion qualifiée⁶⁷. En l'occurrence, *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

64. Notons que *l'estoppel* en droit anglais est d'abord «un bouclier» (*shield*) et non pas «une épée» (*sword*). Autrement dit, 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. Cf. sur ces questions P. PINSOLLE, «Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international», dans *Journal du droit international (Clunet)*, 1998, pp. 905-931 (en particulier, pp. 913 et 919). Sur la distinction *shield/sword*, faite par Lord Justice Birkett, cf. *Combe v. Combe* [1971] 2 KB 215, at 224.

65. 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...», *op. cit.*, n° 114 et s.

66. Sur la notion de *unconscionablity* en droit anglais, cf. *Chitty on Contracts*, 26^e éd., Vol. I, n° 537 et *seq.* ; J.F. O'CONNOR, *Good Faith in English Law*, *op. cit.*, pp. 20-21, et pp. 32-35.

67. V. article 1907ter C. civ. en matière de prêt et l'évolution ultérieure. V. 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 qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience». Pour de plus amples développements sur la lésion qualifiée en droit belge, cf. J.-F. ROMAIN, «Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations», dans *J.T.*, 1993, pp. 749-756.

d'intervenir dans le contrat afin de corriger une disproportion grossière dans les 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 non frauduleuse — mais 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 Code⁶⁸.

Le terme même de *unconscionability* ne reçoit aucune définition précise dans le UCC. D'après le professeur Farnsworth, cette absence de définition est une faiblesse et une force⁶⁹. Tout 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 américaines⁷⁰. 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 faits 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 foi⁷¹. 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 celle-ci en particulier. Il ne sera pas exigé des demandeurs de payer plus que ce qu'ils auront déjà versé, soit \$ 600.

68. 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, vol. I, 1990, p. 496.

69. E.A. FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 500 : «That the term is incapable of precise definition is a source of both strength and weakness».

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

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

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 similaires⁷².

Force est de constater qu'à la formation du contrat le principe de bonne foi reçoit de nombreuses équivalences fonctionnelles en Angleterre et aux États-Unis : *duty of disclosure*, *promissory estoppel*, *unconscionability*, etc. Ce tour d'horizon, nécessairement limité, aurait pu se prolonger par l'examen d'autres décisions. Il eût été possible d'évoquer d'autres cas de figure faisant tantôt état d'un élargissement de la doctrine de *undue influence*⁷³, tantôt d'une extension de la notion de *economic duress*⁷⁴. Pour l'heure, il nous suffit de constater que « l'arsenal jurisprudentiel et législatif existant amoindrit le besoin d'une règle générale de négociier de bonne foi »⁷⁵.

La bonne foi et l'exécution du contrat⁷⁶

Il est communément admis en droit belge 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

72. Cf. *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.

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

74. *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.

75. 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...».

76. S'agissant de l'exécution du contrat, la bonne foi peut s'envisager sous deux angles différents : 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.

l'inexécution du contrat⁷⁷. Pratiquement, cette obligation consiste, pour la partie lésée d'un dommage, 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 »⁷⁸. Cette obligation se rattache à la fonction complétive de la bonne foi⁷⁹, ou bien à la théorie de l'abus de droit qui, elle-même, consiste en un cas d'application du principe d'exécution de bonne foi des conventions⁸⁰.

En droit anglo-américain, l'obligation de restreindre le dommage trouve son pendant dans le *duty to mitigate*, reconnu

77. 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.). Cf. B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la responsabilité civile contractuelle et extra-contractuelle », dans *R.G.A.R.*, 1987, 11289, n° 28.

78. R. KRUIHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass., 22 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, pp. 12 et s.

79. En ce sens, cf. 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 obtinrent 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 privilégiée. 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 ».

80. Cf. 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, cf. T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruxelles, 1984, n° 224.

depuis longue date⁸¹. Quoique le rattachement de ce *duty* à la *good faith* prête à discussion⁸², 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 contrat⁸³. Dès 1677, la *King's Bench Division* fit application de cette obligation de modérer le dommage dans l'affaire *Vertue v. Bird*⁸⁴. 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*⁸⁵. En l'espèce, 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

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

82. 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». Cf. B. HANOTIAU, «Régime juridique...», *op. cit.*, n° 15.

83. V. entre autres : D. FRIEDMANN, «Good Faith and Remedies...», *op. cit.*, p. 408 : «It has rightly been pointed out that the rules on mitigation reflect a requirement of good faith».

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

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

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. C'est l'équivalent américain de la théorie du *fonctionnaire de fait* qui s'applique en l'espèce⁸⁶. 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 notifié au demandeur son intention de ne plus poursuivre le projet, le demandeur aurait dû s'abstenir de travailler. Il n'était nullement habilité à laisser s'accumuler des dommages en poursuivant l'érection d'un pont inutile »⁸⁷. 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 préjudice⁸⁸. Elle doit agir avec *good faith*. Sinon, elle ne pourra obtenir d'indemnisation pour la partie du préjudice qui aurait pu être évitée.

86. 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).

87. *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».

88. 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, cf. *Bank One, Texas N.A. v. Taylor*, 970 F.2d 16 (5th Cir. 1992).

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*.

La *case-law* anglo-américaine et les *statutory requirements* démontrent l'étendue de la reconnaissance de l'obligation de modérer le dommage dans le *Common Law*. Faut-il insister davantage sur le fait que cette obligation, s'ajoutant aux exemples étudiés pour la formation du contrat, constituent autant d'expressions d'une obligation générale de négocier et d'agir avec *good faith* en Angleterre et aux États-Unis ? Les Anglais sont sans doute *irritated* par cette notion, 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 »⁸⁹.

Du reste, les Américains éprouvent infiniment moins de réticences que les Anglais à reconnaître le concept de bonne foi. Les États-Unis connaissent la notion depuis des décennies et la doctrine n'a jamais fait preuve, semble-t-il, d'une inquiétude particulière à son égard⁹⁰. Dans certains États américains, pour des raisons évidentes, ces origines lointaines remontent au début du 19^e siècle. Ainsi de l'article 1901 du Code civil louisianais qui, dans sa version de 1808, prévoit un article strictement identique à l'article 1134 du Code civil français. Le UCC, quant à lui, consacre la bonne foi dans son article 1-203 et la notion est mentionnée par ailleurs, dans ce même Code, quelque quatre cents fois⁹¹. Sans doute l'influence de son rapporteur, Karl Llewellyn, qui avait

89. J.-P. BÉRAUDO, «Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international», dans *La Semaine Juridique (JCP)*, n° 7, 1995, 3842.

90. «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 di diritto comparato e stranieri*, avril 1993, <<http://www.cnr.it/CRDCS/frames10.htm>>.

91. Cf. E.A. FARNSWORTH, «Good Faith in Contract Performance», *op. cit.*, p. 155. 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».

étudié et enseigné à Leipzig (et qui donc était versé dans la *Treu und Glauben*) y est-elle pour quelque chose⁹².

Cette comparaison horizontale de la bonne foi en Belgique avec ses équivalents fonctionnels en droit anglo-américain s'achève 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 »⁹³. Aussi, il nous apparaît que loin de constituer une simple hypothèse en vogue, la démarche fonctionnelle, 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*⁹⁴, ou à un positivisme desséchant⁹⁵.

On ne peut en rester là. Il faut analyser comment la bonne foi rencontre des systèmes juridiques internationaux ou anationaux. Jusqu'où les systèmes juridiques nationaux sont-ils imprégnés par des normes supérieures transposant la bonne foi dans leur ordre interne ? Jusqu'où ces systèmes nationaux *exportent-ils* la bonne foi vers ces ordres différents ? L'examen de ces questions relève d'une étude de comparaison verticale.

L'APPROCHE COMPARATIVE DE LA BONNE FOI ENTRE SYSTÈMES JURIDIQUES NATIONAUX ET INTERNATIONAUX — OU ANATIONAUX (COMPARAISON VERTICALE)

La bonne foi, avons-nous dit, transparaît dans de nombreuses domaines du droit. Ainsi le droit international public consacre le principe de bonne foi à l'article 2§2 de la Charte des Nations

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

93. 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 ».

94. Cf. M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Paris, 1966, p. 6.

95. Cf. X. DIJON, *Droit naturel*, t. 1 : Les questions du droit, Paris, 1998, pp. 517-522.

Unies⁹⁶. Dans la mesure où il est impossible de rendre compte de toutes les dimensions de la bonne foi, et afin de prolonger certaines questions développées dans la première partie, les développements qui suivent entendent se concentrer sur le droit du commerce international. Deux approches sont ici envisagées. L'une consiste à analyser la bonne foi dans le droit du commerce international d'origine internationale. L'autre consiste à examiner la bonne foi dans le droit du commerce international d'origine non étatique ou *anational*.

La bonne foi et le droit du commerce international — d'origine internationale

La directive européenne du 5 avril 1993 sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs⁹⁷, ainsi que la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises (ci-après, *CVIM*)⁹⁸, constituent les

96. De façon générale, la bonne foi reçoit une place importante en droit international public : outre l'article 2§2 de la Charte des Nations Unies (sur le respect par les États membres de leurs obligations résultant de la Charte), mentionnons l'article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (sur l'exécution de bonne foi des traités) entrée en vigueur le 27 janvier 1980. La Cour internationale de justice considère que : « l'un des principes de base qui préside à la création et à l'exécution d'obligations juridiques qu'elle qu'en soit la source est soumise au principe de bonne foi » : C.I.J., *Essais nucléaires* (Australie/France, Nouvelle-Zélande/France), 20 décembre 1974 (fond), *Recueil des arrêts de la C.I.J.*, 1974, pp. 253-457, p. 268 et 473. Cf. sur ce point N. QUOC DINH, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, 5^e éd., Paris, 1994, n° 232 ; M. KDHIR, *Dictionnaire juridique de la Cour internationale de justice*, Bruxelles, 1997, pp. 30-32 ; E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 1977.

97. 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.

98. Sur la CVIM en Belgique, cf. Loi du 4 septembre 1996 portant assentiment à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, faite à Vienne le 11 avril 1980, *M.B.*, 1^{er} juillet 1997, p. 17471. Pour deux études d'ensemble récentes de la Convention, cf. *Annales de droit de Louvain*, 1998, n° 3, et Ph. KAHN, « Vente commerciale internationale », *Jurisclasseur - Droit international*, vol. IX, Fascicule 565-A-5. Sur la CVIM en France, cf. Décret n° 87-1034 du 22 décembre 1987, *J.O.R.F.*, 27 décembre 1987 (reproduit dans le *Journal du*

deux volets sur lesquels s'appuie notre analyse de la bonne foi en droit international d'origine internationale. L'un et l'autre de ces instruments juridiques internationaux mettent en valeur la notion en tant qu'elle est reçue et exportée par les États.

La bonne foi en droit européen

Aujourd'hui, les Anglais sont bien forcés de reconnaître la notion de bonne foi, ne fût-ce que parce qu'ils ont dû transposer dans leur ordre juridique la directive du Conseil du 5 avril 1993 sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. L'on relève néanmoins des réticences anglaises très fortes à l'importation de la bonne foi⁹⁹. Ces réticences sont sans doute exagérées. L'analyse de la directive démontre une forte influence anglaise au sein même de la directive. Tout ceci souligne la justesse de la remarque selon laquelle : « pour la première fois, les deux traditions juridiques européennes — l'une d'origine romaniste et l'autre de souche anglaise — sont contraintes à une interaction effective dans le cadre des paramètres définis par le Traité de Rome »¹⁰⁰.

Revenons un instant sur les dispositions de la directive. L'article 3 prévoit qu'« [u]ne clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ».

Cette disposition fait ressortir une constatation et un test.

La bonne foi ne constitue pas le seul critère d'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle. Il faut en plus que la clause produise un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, au détriment du consommateur. Lors de la discussion de la directive, des controverses importantes s'étaient engagées autour de ces conditions, leur applicabilité alternative ou cumulative, voire l'apposition de critères supplémentaires (telle la

droit international (Clunet), 1988, pp. 557-585, et dans le *Recueil Dalloz-Sirey* de 1988, Législation, pp. 30-36). La CVIM est entrée en vigueur, parmi les États parties à la Convention, le 1^{er} janvier 1988.

99. G. TEUBNER, «Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences», *op. cit.*

100. P. LEGRAND, «Comparer», dans *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1996 (2), pp. 279-280.

non-transparence de la clause contractuelle)¹⁰¹. Dans la discussion devant le Parlement européen, un député espagnol insistait pour que la bonne foi figure seule. En fin de compte, le Conseil a adopté le critère cumulatif : du reste, cette formulation reprend en grande partie la formulation qui se trouve à l'article 9.1 de la loi allemande de 1976 intitulée *Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)*¹⁰².

L'article 3 de la directive européenne n'est pas disert quant à la manière d'apprécier la bonne foi. Le préambule, en revanche, se réfère à ce qu'on peut appeler un test dans son seizième paragraphe¹⁰³. Il n'est pas inutile de comparer l'appréciation de la bonne foi telle qu'elle ressort du préambule de la directive avec les termes du *Unfair Contract Terms Act* adopté au Royaume-Uni en 1977 (ci après, *UCTA*).

La formulation de la directive européenne reprend, quasi *verbatim*, les termes du *Unfair Contract Terms Act* de 1977. Hugh Beale suggère que l'emprunt est direct¹⁰⁴. Ne peut-on dès lors conclure qu'il s'agit ici d'un domaine de fertilisation juridique croisée (*legal cross-fertilization*¹⁰⁵). Les Anglais font un apport significatif à la directive qui ensuite leur est applicable. Dans ces conditions, est-on fondé à soutenir avec tant de conviction que : « la clause de bonne foi demeurera une exception exotique dans le

101. Sur ces controverses, cf. H. BEALE, «Legislative Control of Fairness : the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts», dans *Good Faith and Fault in Contract Law*, *op. cit.*, pp. 242-243.

102. *Ibid.*, p. 243 : «It has been noted that the test adopted by the Directive is close in its wording to the German Act on Standard Contract terms of 1976». Sur cette loi allemande, cf. O. SANDROCK, «The Standard Terms Act of 1976 of West Germany», dans *American Journal of Comparative Law*, vol. XXVI, 1978, pp. 551-572 ; K.G. WEIL et F. PUIS, «Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives», dans *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1994, pp. 125-139.

103. Sur l'interprétation à accorder au préambule d'une directive, cf. C.J.C.E., 13 novembre 1990, *Marleasing SA c/ La Comercial Internacional de Alimentación*, aff. C-106/89, *Rec.* 1990, p. I - 4135 (cf. en particulier le point n° 12 de l'arrêt, p. I - 4160).

104. H. BEALE, «Legislative Control of Fairness...», *op. cit.*, p. 245.

105. L'expression vient de S. WEATHERILL, Book Review, dans *CML Rev.*, 1996, p. 184.

paysage britannique »¹⁰⁶ ? N'est-ce pas attacher une importance démesurée à la directive (dont le champ d'application est tout de même limité) ?

*La bonne foi et la Convention de Vienne
sur la vente internationale de marchandises*

La bonne foi se retrouve au centre de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, entrée en vigueur en Belgique en 1997.

La bonne foi se remarque surtout dans les méthodes d'interprétation prévues par l'article 7, alinéa 1er de la Convention. Lorsqu'un juge ou un arbitre est appelé à statuer sur un différend né à l'occasion d'une vente, il est invité à tenir compte du caractère international de la convention, mais aussi — plus largement — du respect de la bonne foi dans le commerce international. La portée de cette disposition est controversée en doctrine. Selon d'aucuns, l'exigence de bonne foi prévue à l'article 7 se manifesterait seulement dans l'interprétation de la CVIM. Les parties ne seraient pas tenues par une obligation générale de négocier ou d'agir de bonne foi. D'autres soutiennent au contraire que cette exigence a vocation à s'étendre de façon large. Elle couvrirait les droits et devoirs des parties au contrat, tant dans la phase de négociation du contrat que lors de son exécution. Disons-le d'emblée : « Cette terminologie [de la Convention] n'est pas le produit d'un dérapage verbal. Elle est le résultat de discussions prolongées au sein du Groupe de Travail et durant la session plénière. Elle constitue un rejet définitif de propositions ambitieuses visant à faire appliquer le principe de bonne foi aux obligations et au comportement des parties eux-mêmes »¹⁰⁷. Ne peut-on néanmoins considérer que l'article 7 de la CVIM peut conduire juges et arbitres, chargés de

106. 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 good faith clause will remain an exotic exception in the British landscape».

107. P. SCHLECHTRIEM, «Good Faith in German Law and in International Uniform Laws», *op. cit.* (traduction personnelle). La phrase exacte se lit : «This phrasing was not an inadvertent slip of the tongue ; it was agreed upon only after lengthy discussions in the Working Group and the plenary session of the conference, and it was meant as a final rejection of more far-reaching proposals to apply the principle of good faith and fair dealing to the obligations and behaviour of the parties themselves».

Unfair Contract Terms Act, 1977	Directive du 5-4-1993
<p>Le UCTA attache une importance particulière à l'exigence raisonnable de clauses contractuelles (<i>requirement of reasonableness</i>)¹⁰⁸. Faute de satisfaire cette exigence, une clause limitative ou exonératoire de responsabilité ne pourra être considéré comme valide. Cette exigence raisonnable est explicitée, sous forme de test (<i>reasonableness test</i>), dans les articles 11 (pour l'Angleterre, le pays de Galles et l'Irlande du nord) et 24 (pour l'Ecosse) du UCTA. L'annexe 2 de la loi anglaise (<i>Schedule 2</i>) pose des lignes directrices (<i>guidelines</i>) aux termes desquelles le juge aura égard à la :</p> <p>« strength of the bargaining position of the parties relative to each other » (<i>Schedule 2 (a)</i>) ;</p> <p>« whether the customer received an inducement to agree to the term » (<i>Schedule 2 (b)</i>) ;</p> <p>« whether the goods were manufactured, processed or adapted to the special order of the customer » (<i>Schedule 2 (e)</i>).</p>	<p>Pour évaluer la bonne foi, le préambule de la directive exige qu'une <i>attention particulière</i> soit prêtée à une série de facteurs. Ces facteurs comprennent :</p> <p>« la force des positions respectives de négociation des parties » (« strength of the bargaining position of the parties »),</p> <p>« la question de savoir si le consommateur a été encouragé par quelque moyen à donner son accord à la clause » (« whether the consumer had an inducement to agree to the term »)</p> <p>« si les biens ou services ont été vendus ou fournis sur commande spéciale du consommateur » (« and whether the goods or services were sold or supplied to the special order of the consumer »).</p>

108. La mesure de l'exigence raisonnable figure aux articles 2(2), 3(2), 4(1), 6(3) et 7(3) du UCTA.

son interprétation, à promouvoir un comportement de bonne foi entre les parties ? Prenons l'exemple de l'article 29, alinéa 1er de la Convention qui prévoit qu' : « [u]n contrat peut être modifié ou résilié par accord amiable entre les parties ». Si un contractant profite de l'extrême faiblesse de l'autre (entendu en termes de dépendance au contrat), en vue d'extorquer un accord amiable, on peut penser que juges et arbitres hésiteront à faire respecter pareil accord (sur base de leur interprétation de l'article 29, non sur base de leur interprétation du contrat¹⁰⁹). L'hypothèse que nous venons d'évoquer n'est pas traitée dans la Convention. Néanmoins, l'alinéa 2 de l'article 7 de la CVIM dispose :

« Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées *selon les principes généraux* dont elle s'inspire [...] (nous soulignons) ».

Incontestablement, la bonne foi trouve des traductions ponctuelles dans la CVIM au travers des articles spécifiques. Nous ne nous attarderons pas sur cette question. Il suffit de considérer les articles 27, 35, 44, 60, al. 2, 74, 77 de la Convention¹¹⁰.

Le Royaume-Uni n'a toujours pas ratifié la CVIM. On peut penser que l'agacement anglais pour la notion de bonne foi (quand bien même limitée à l'interprétation de la CVIM) explique ce retard¹¹¹. Sans doute faut-il y ajouter une forte réserve pour les

109. Certains auteurs considèrent que l'interprétation de la Convention ne peut être distinguée de l'interprétation du contrat. V. à ce sujet l'opinion du professor EÖRSI, citée dans B. NICHOLAS, «The United Kingdom and the Vienna Sales Convention : Another Case of Splendid Isolation», conférence prononcée devant le *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e stranieri*, mars 1993, <<http://www.cnr.it/CRDCS/frames9.htm>>.

110. Ph. KAHN, «Vente commerciale internationale», *Jurisclasseur périodique, Droit international*, vol. IX, Fasc. 565-A-5, n° 46.

111. Cf. J.-P. BÉRAUDO, «Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international», dans *La Semaine Juridique [JCP]*, 1995, I, 3842, n° 7. L'attitude du Royaume-Uni à l'égard de la CVIM n'est pas claire. Dans le livre précité de J. BEATSON et D. FRIEDMANN édd., *Good Faith and Fault in Contract Law*, les éditeurs précisent que le droit anglais «semble tourner le dos à la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises» (p. 5). Plus loin, il est pourtant indiqué qu'il existe des «courants internationaux de changement» et que les «représentants du Royaume-Uni étaient parmi ceux qui ont approuvé la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises» (p. 400, note 5 : Friedmann citant Justice Steyn).

« principes généraux » mentionnés à l'alinéa 2 de l'article 7 de la CVIM. Faut-il le rappeler : attaché au principe de sécurité dans les conventions, l'Anglais est, de surcroît, pragmatique et objectiviste. Le résultat immédiat de cette situation est que le Royaume-Uni se trouve forcément absent des interprétations judiciaires qui sont données de la Convention. Dans ces conditions, certains auteurs considèrent que la ratification s'impose de toute urgence afin que « l'expérience des juristes anglais et de la *English Commercial Court* puisse influencer la manière dont la Convention s'applique »¹¹².

La bonne foi et le droit du commerce international d'origine anationale

Indépendamment de la CVIM et de la directive de 1993 sur les clauses abusives, la bonne foi connaît une fortune croissante dans le droit du commerce international d'origine *anationale* (le plus souvent associé à la *lex mercatoria*).

Composée de normes matérielles et de règles procédurales, la *lex mercatoria* est un droit spontané, d'origine non-étatique (ou *anationale*), qui s'applique au commerce international¹¹³. Quoique contestée, la *lex mercatoria* connaît aujourd'hui une importance pratique et doctrinale croissante¹¹⁴. Du reste, certains

112. B. NICHOLAS, «The United Kingdom and the Vienna Sales Convention...», *op. cit.* (traduction personnelle). La phrase exacte se lit : «On the contrary, it is a ground for ratifying quickly, so that the experience of English lawyers and of the English Commercial Court may influence the way in which the Convention is applied».

113. Sur la *lex mercatoria*, cf. B. GOLDMAN, «Frontière du droit et *lex mercatoria*», dans *Archives de philosophie du droit*, t. IX, Paris, 1964, pp. 177-192 ; B. GOLDMAN, «La *lex mercatoria* dans les contrats et arbitrages internationaux : réalité et perspectives», dans *Journal du droit international (Clunet)*, 1979, pp. 475-505 ; P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, 1977, n° 23 et s. ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, 7^e éd., Paris, 1981, n° 254 et n° 578 ; J.M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-L. PIERRE et R. FABRE, *Droit du commerce international*, Paris, 1997, pp. 72-80 ; F. OSMAN, *Les principes généraux de la "lex mercatoria"*, Paris, 1992.

114. Sur les critiques de la *lex mercatoria*, v. entre autres le jugement sévère de Fr. Rigaux qui déplore «l'impuissance de la contrainte étatique face aux contrats illicites» et qui dénonce l'occupation de l'«espace transnational» par les pouvoirs économiques privés : Fr. RIGAUX, *Droit public et droit privé*

auteurs se réfèrent au développement d'une véritable « common law internationale des contrats »¹¹⁵. Incontestablement, un nombre croissant de différends en matière de vente internationale sont portés devant des tribunaux arbitraux et traités par des arbitres qui, ne relevant d'aucune souveraineté nationale, font œuvre prétorienne. Ces derniers se réfèrent en effet le plus souvent à des principes généraux ou à certains contrats-types plutôt qu'à des droits nationaux. En termes de reconnaissance, les sentences arbitrales sont souvent assimilées par les jurisprudences nationales aux règles de droit étrangères au for étatique¹¹⁶.

La bonne foi constitue un principe fondamental, voire « la clef de voûte » de ce système¹¹⁷. Elle s'exprime en tant que telle, ou au travers des notions telles *fairness*, *equity*, *best efforts*, *reasonable efforts*, *due diligence*, *règles de l'art*, etc. Les expressions qui traduisent la bonne foi sont multiples.

Dans un premier temps, nous nous attacherons à examiner la bonne foi dans des arbitrages internationaux choisis. Ensuite, il

dans les relations internationales, Paris, 1977, p. 346 et 411 respectivement). Cf. aussi Fr. RIGAUD, «Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale», dans *R.C.A.D.I.*, t. 213, vol. I, 1989, pp. 9-408. En tout état de cause, «si cette "*lex mercatoria*" peut utilement occuper le champ laissé à l'autonomie des sujets de droit par le droit étatique, interne ou international, compétent, elle ne peut se substituer, pour les enfreindre, aux dispositions impératives de ce droit. Qu'on pense aux questions monétaires ou de droits réels. C'est l'autorité de la loi qui est ici en cause» : H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 254.

115. Cf. T.E. CARBONNEAU, «Étude historique et comparée de l'arbitrage : vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences», dans *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1984, p. 774.

116. Sur cette question, cf. F. OSMAN, *Les principes généraux de la "lex mercatoria"*, *op. cit.*, pp. 446 et s., citant des jurisprudences française, autrichienne, italienne, anglaise et hollandaise.

117. F. OSMAN, *Les principes généraux de la "lex mercatoria"*, *op. cit.*, pp. 18-19 et pp. 33-34. V. aussi la même idée chez G. HORSMANS, «L'interprétation des contrats internationaux», dans *L'arbitrage commercial international. L'apport de la jurisprudence arbitrale (Séminaire des 7-8 avril 1986)*, Paris, 1986, p. 153 («la bonne foi est, en tout cas, au centre et au cœur de la majorité des sentences arbitrales. Elle constitue une règle d'interprétation et le guide de toute action comme de tout jugement»). Cf. aussi Ph. KAHN, «Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international», dans *Journal du droit international (Clunet)*, 1989, p. 319 («la bonne foi qui est le pivot du raisonnement de beaucoup de tribunaux...»).

s'agira d'analyser la notion dans les principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international.

La bonne foi et les arbitrages internationaux

Sur la base des sentences arbitrales rendues ces vingt dernières années, on peut déceler des applications de la bonne foi aussi bien dans la période de formation du contrat international que dans celle de l'exécution des obligations découlant de ce contrat.

- La bonne foi dans la formation du contrat international

De façon générale, les tribunaux arbitraux se montrent réticents à reconnaître les vices du consentement dans la formation des contrats internationaux. Ils veillent néanmoins « à ce que les contractants ne conservent pas par devers eux l'information qui aurait permis à leur partenaire de se prononcer en connaissance de cause »¹¹⁸. Autrement dit, les tribunaux arbitraux s'assurent que les parties à un contrat international font toute la lumière sur les circonstances de fait ou de droit qui peuvent influencer sur le consentement des parties. Nous revenons en quelque sorte, en droit du commerce international, à ce qui a été développé précédemment sur l'existence d'un devoir de renseignement ou *duty of disclosure*.

Tout naturellement, la bonne foi se trouve au cœur de ce dispositif du droit international. Du reste, dans une sentence arbitrale rendue en 1976, la Chambre de Commerce Internationale (ci-après, C.C.I.) rattache explicitement l'obligation de renseignement à un devoir précontractuel « dicté par la bonne foi et l'équité »¹¹⁹.

Un litige, soumis au Tribunal arbitral du Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (ci-après, C.I.R.D.I.) en 1983, éclaire la portée de cette « obligation de tout révéler à un partenaire »¹²⁰. En l'espèce, le litige est né de la

118. Ph. KAHN, «Les principes généraux du droit...», *op. cit.*, p. 319.

119. Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 2540 en 1976, *Journal du droit international (Clunet)*, 1977, pp. 943, obs. Y. DERAÏNS.

120. Sentence du Tribunal arbitral du C.I.R.D.I., rendue dans l'affaire *Klößner Industrie-Anlagen GmbH, Klößner Belge S.A. et Klößner Handelsmaatschappij c/ République unie du Cameroun et Sté. camerounaise des engrais (SOCAME)*, du 21 octobre 1983, *Journal du droit international (Clunet)*, 1984, p. 426.

mise sur pied d'une industrie d'engrais au Cameroun. L'édification de l'usine (*clé en main*), sur laquelle se greffaient plusieurs contrats de gestion et la garantie du gouvernement camerounais, devait être assurée par un groupe allemand (Klöckner). Suite au non-paiement par la République du Cameroun de la totalité du prix de l'usine, et de la difficulté de mettre en jeu la garantie prévue au contrat, l'affaire fut soumise à un arbitrage international.

A sa décharge, le Cameroun arguait que le groupe Klöckner s'était abstenu de lui révéler des éléments d'information qui, s'ils avaient été connus, auraient pu conduire le Gouvernement à mettre fin à l'entreprise et à annuler le contrat avant la dépense de fonds, objet du litige. Le groupe Klöckner, comme de bien entendu, soutenait qu'il n'en était rien. Pour les C.I.R.D.I., il était manifeste qu'« une personne qui s'engage dans des rapports contractuels intimes fondés sur la confiance, doit traiter avec son collègue de façon franche, loyale et candide »¹²¹. Dans l'affaire qui leur était soumise, les arbitres dégagèrent ce principe d'une comparaison du droit civil français et « des codes des nations dont nous avons connaissance. C'est là le critère qui s'applique dans les rapports entre partenaires dans de simples associations n'importe où »¹²².

En fin de compte, les arbitres du C.I.R.D.I. conclurent que Klöckner n'avait pas traité de manière franche avec le Cameroun. L'information donnée par les Allemands lors de la période précontractuelle fut jugée défaillante. Dans ces conditions, la faute lui incombant, Klöckner ne pouvait prétendre au paiement du prix total prévu au contrat. Notons que les arbitres du C.I.R.D.I. stigmatisèrent aussi l'information post-contractuelle du groupe allemand. Autrement dit, l'obligation de renseignement, prévue pour la période de formation du contrat, se retrouve lors de l'exécution dudit contrat, se transformant en une obligation de collaboration. Du reste, plus il s'exécute dans la durée, plus la nécessité d'informer son partenaire s'impose comme un devoir continu de bonne foi. Cette question nous conduit à traiter de l'exécution des obligations découlant du contrat international.

121. *Ibid.*

122. *Ibid.*

- La bonne foi dans l'exécution du contrat international

La question de la bonne foi et du devoir dérivé de renseignement ne peut se réduire à un problème qui se pose lors de la formation du contrat. La *lex mercatoria* a dégagé d'autres conséquences du devoir de renseignement. Une information défailante — lors de l'exécution du contrat — peut se voir sanctionnée de manière rigoureuse par un tribunal arbitral.

L'on en veut pour preuve une affaire soumise à la C.C.I. en 1973¹²³. En l'occurrence, un vendeur roumain refusait de livrer du carburant à un acheteur français, motif pris de l'annulation par l'administration roumaine d'autorisations d'exportation dudit carburant. La décision de retrait de l'administration roumaine avait été prise le 10 mai 1973. Or elle n'avait été communiquée à l'acheteur « par l'entremise de Cour d'Arbitrage de la C.C.I., qu'en Annexe à une lettre, datée du 29 novembre 1973 »¹²⁴. En conséquence de quoi, l'acheteur français réclamait des dommages et intérêts pour non-livraison du carburant.

Un des arguments avancés par le vendeur à sa décharge était que la décision de retrait des autorisations était constitutive d'un cas de force majeure et qu'il était par là-même exonéré de toute responsabilité contractuelle. Les arbitres refusèrent de suivre ce raisonnement, se fondant sur la communication tardive dans le chef du vendeur. Les circonstances de fait — non portées à la connaissance de l'acheteur — lui étaient inopposables. Tout en reconnaissant que : « [l']annulation des autorisations d'exportation par les autorités roumaines constitu[ait] indiscutablement un cas de force majeure, aussi bien sur le plan des principes généraux du droit que sur celui de l'article 9 du contrat », les arbitres considérèrent que la partie qui l'invoquait ne pouvait s'en prévaloir, faute pour elle de « porter sans délai à la connaissance de l'autre partie par écrit la survenance de la force majeure et les conséquences qu'elle entend[ait] en tirer »¹²⁵.

La bonne foi peut également intervenir pour évaluer la conduite des parties en cas de reprise d'activités consécutive à une interruption involontaire. Ainsi, un contrat de concession pétrolière — d'une durée de cinquante années — lie une société occidentale

123. Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 2478 en 1974, *Journal du droit international (Clunet)*, 1975, pp. 925-929, obs. Y. DERAIS.

124. *Ibid.*, p. 926.

125. *Ibid.*

avec l'État libyen¹²⁶. Survient l'embargo des États-Unis suite à une vague d'attentats terroristes imputés aux libyens. Un accord est conclu entre les parties au contrat pour suspendre l'exploitation de la concession pétrolière pour la durée des sanctions américaines. Puis, les Libyens signent un contrat avec un tiers, pour le développement d'un nouveau champ pétrolifère. Ce dernier contrat est ressenti comme une action contraire aux intérêts du concessionnaire originel, constitutive de mauvaise foi. L'affaire est soumise à l'arbitrage de la C.C.I.

Pour les arbitres, le concessionnaire originel avait bien le droit d'être informé des négociations avec le tiers. « Cette conclusion toutefois n'autorise pas la demanderesse à réclamer, comme elle l'a fait, un droit de consentir au choix de l'opérateur, ce qui serait disproportionné avec la défense de ses intérêts »¹²⁷. Admettre le contraire reviendrait à bloquer toute action du défendeur libyen dans l'exploitation et la gestion de la concession. On le voit : la bonne foi intervient dans cette affaire à la fois pour évaluer la conduite de la partie qui a mené les négociations avec le tiers, et pour borner les prétentions de la partie qui s'estime lésée par ces négociations.

Enfin, la bonne foi apparaît dans l'obligation des parties à un contrat international de modérer le dommage. Cette obligation peut prendre des formes diverses¹²⁸. Le plus souvent, il s'agira de trouver un marché de substitution, à l'achat ou à la vente, mais bien d'autres cas sont envisageables. Il peut s'agir pour l'acheteur d'accepter une augmentation sensible du prix contre son gré, imposée par le vendeur, afin de limiter l'ampleur du dommage. Du reste, un exemple de ce cas de figure est présent dans la sentence arbitrale examinée plus haut, opposant le vendeur roumain de carburant à son acheteur français¹²⁹. Dans le calcul du préjudice de la demanderesse (l'acheteur français), le tribunal arbitral a clairement tenu compte du fait que le vendeur avait fait une offre d'augmentation du prix et que celle-ci a été refusée par l'acheteur. Pour les juges de la C.C.I., « la demanderesse, même si elle n'était

126. Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 8035 en 1995, *Journal du droit international (Clunet)*, 1997, pp. 1040-1046, obs. D. HASCHER.

127. *Ibid.*, p. 1041 (texte original de la sentence en langue anglaise).

128. Pour de nombreux exemples, cf. B. HANOTIAU, « Régime juridique... », *op. cit.*, n° 32 et s.

129. Sentence arbitrale rendue dans l'affaire n° 2478 en 1974, avec les observations de Y. DERAÏNS, *op. cit.*

pas d'accord sur cette augmentation du prix prévu au contrat, aurait dû accepter cette offre, afin de diminuer l'étendue du dommage, *quitte à recourir ensuite à l'arbitrage, en requérant le maintien du prix contractuel* » (nous soulignons)¹³⁰. Ainsi, la minimisation du dommage du dommage n'est pas tout. Les arbitres peuvent remettre en cause une modification contractuelle faite sous la contrainte (cfr. la notion anglaise de *economic duress*¹³¹). Trois conclusions se dégagent de cette faculté que s'octroient les juges. Vraisemblablement, les arbitres ne pourraient annuler un nouvel accord que si la contrainte a été parfaitement illégitime, c'est-à-dire que le vendeur ait été de mauvaise foi (en l'espèce, tel n'était pas le cas). Encore faut-il qu'en plus, la demanderesse agisse avec circonspection et diligence, c'est-à-dire que l'acheteur soit pleinement de bonne foi (aux yeux des arbitres de la C.C.I., celle-ci n'était pas constituée en l'espèce). Enfin, plus largement, on peut se demander si cette possibilité de remettre en cause une modification contractuelle ne risque pas d'accroître le nombre de litiges.

La bonne foi et Unidroit

Le droit du commerce international, d'origine anationale, ne se réduit pas au droit spontané qu'est la *lex mercatoria*. L'Institut international pour l'unification du droit privé (ci-après, *Unidroit*) a arrêté et publié en mai 1994 des « Principes relatifs aux contrats de commerce international »¹³². Ces principes, destinés à guider la formation, l'exécution et l'interprétation des contrats internationaux, ont été accueillis par d'aucuns comme une

130. Notons que l'offre d'augmentation du prix proposée par le vendeur était raisonnable : le prix, quoique supérieur à celui prévu au contrat, restait inférieur à ceux du marché.

131. Cf. *North Ocean Shipping Co. v. Hyundai Construction Co.*, [1979] sub nom. *The Atlantic Baron*, *op. cit.*

132. Il existe une littérature abondante sur Unidroit et les principes de 1994. Cf., entre autres, J.-P. BÉRAUDO, «Les principes d'Unidroit...», *op. cit.* ; C. LARROUMET, «La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international», dans *La Semaine Juridique* [JCP], 1997, I, 4011 ; B. FAUVARQUE-COSSON, «Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international», dans *Revue internationale de droit comparé* (R.I.D.C.), 1998, pp. 463-489 ; M.J. BONELL, « The Unidroit Principles in Practice — The Experience of the First Two Years », <<http://www.unidroit.org/english/principles/pr/pr-exper.htm>>.

manifestation éclatante de la *lex mercatoria*¹³³. Ce jugement est sans doute exagéré. Les Principes d'Unidroit constituent davantage une œuvre doctrinale de systématisation du droit du commerce international, analogue aux *Restatements* américains, qu'un *corpus* de règles admises et pratiquées par la communauté économique internationale¹³⁴. Tout comme pour les *Restatements*, leur portée dépend en grande partie de l'autorité des rapporteurs qui ont participé à leur élaboration, de leur utilisation par les opérateurs du commerce international, et de leur application par les juges nationaux et les arbitres internationaux¹³⁵.

La bonne foi figure comme principe de base dans le travail des juristes d'Unidroit¹³⁶. Aux termes de l'article 1.7 des Principes :

« (1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international.

(2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée ».

Plus loin, l'article 2.15(2) précise qu'une responsabilité précontractuelle peut voir le jour dans le chef de l'une des parties si elle fait preuve de mauvaise foi dans la conduite ou la rupture des négociations, et notamment si elle « entame des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord » (article 2.15(3)). S'agissant de la conduite des négociations, le

133. G. BARON, «Do the Unidroit Principles of International Commercial Contracts Form a New Lex Mercatoria», <[http:// www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html)>.

134. B. FAUVARQUE-COSSON, «Les contrats du commerce international...», *op. cit.*, pp. 481-482. Tout comme pour les *Restatements* américains, chaque article des Principes d'Unidroit figure en caractères gras (*black-letter law*) et est suivi d'un commentaire, complété d'une ou plusieurs illustrations pratiques.

135. Sur la nature des Principes d'Unidroit, on lira avec un intérêt particulier : C. KESSEDIAN, «Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les Principes proposés par Unidroit», dans *Rev. crit. dr. internat. privé*, 84 (4), octobre-décembre 1995, pp. 641-670.

136. D'après le commentaire qui suit chaque article des Principes, de nombreuses applications spécifiques de la bonne foi émaillent les Principes d'Unidroit : cf. articles 2.4(2)(b), 2.15, 2.16, 2.18, 2.20, 3.5, 3.8, 3.10, 3.19, 4.1(2), 4.2(2), 4.6, 4.8, 5.2, 5.3, 6.1.3, 6.1.5, 6.1.16(2), 6.1.17(1), 6.2.3(3)(4), 7.1.2, 7.1.6, 7.1.7, 7.2.2(b)(c), 7.4.8. et 7.4.13.

commentaire qui suit l'article fait expressément référence au cas de figure où une partie ne divulgue pas des faits qui, « eu égard à la nature des parties et/ou du contrat, auraient dû être divulgués »¹³⁷. Une telle attitude, d'après le commentaire, est constitutive de mauvaise foi. On le voit, nous ne sommes pas loin du devoir de renseignement ou *duty of disclosure* évoqué dans la première partie de cette étude.

Quant à la rupture des négociations, l'exemple qui est donné reprend de façon extrêmement similaire les circonstances de l'affaire *Hoffman v. Red Owl*, examinée plus haut en ce qui concerne la notion de *promissory estoppel*.

Selon certains auteurs, les principes d'Unidroit dénotent une manque d'originalité manifeste. Le Professeur Larroumet considère que l'obligation de se comporter avec bonne foi constitue un principe général du droit ayant une valeur autonome. Dès lors, « elle s'imposerait même si elle n'était pas reprise dans les principes »¹³⁸. D'autres sont convaincus que le juge français décèlera plus facilement la mauvaise foi que son homologue anglais, en raison même de l'absence de reconnaissance par les Anglais d'un principe général de bonne foi¹³⁹. C'est là méconnaître que les Principes d'Unidroit, en particulier le principe de bonne foi, doivent s'interpréter au regard de « leur caractère international », de manière autonome (article 1.6). Il importe dans ces conditions que l'on ne fasse pas prévaloir des considérations purement nationales. Du reste, pareille recommandation rappelle l'article 7, alinéa 1 de la CVIM qui invite à tenir compte du caractère international de la Convention et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application¹⁴⁰. Puisqu'il n'existe pas de juridiction internationale pour interpréter les Principes d'Unidroit, les tribunaux nationaux et les arbitres internationaux

137. Traduction personnelle. Le passage exact se lit : «Other instances [of negotiating in bad faith] are where one party has deliberately or by negligence misled the other party as to the nature or terms of the proposed contract, either by actually misrepresenting facts, or by not disclosing facts which, given the nature of the parties and/or the contract, should have been disclosed».

138. C. LARROUMET, «La valeur des principes d'Unidroit...», *op. cit.*, n° 20

139. B. FAUVARQUE-COSSON, «Les contrats du commerce international...», *op. cit.*, pp. 470 et 471.

140. Cf. aussi l'article 9, alinéa 2 de la CVIM.

disposent d'une compétence spéciale pour interpréter « la bonne foi dans le commerce international ».

Le commentaire offre des directives pour l'interprétation de cette expression. Sans nous attarder sur la question, il est prévu que « la bonne foi dans le commerce international » doit s'interpréter à la lumière des conditions spéciales du commerce international. Les « conditions spéciales » auxquelles il est fait référence renvoient au fait que la bonne foi s'interprète différemment selon les types de contrats et la branche commerciale considérée. N'est-ce pas faire preuve ici du pragmatisme si cher aux Anglais ?

CONCLUSIONS

Il n'est pas aisé d'accoster dans une « mer sans rivages ». Pourtant, cette absence de rivages ne serait-elle pas une illusion d'optique, une hallucination ? La bonne foi est-elle à ce point insondable que l'on ne puisse y trouver des repères ?

Sans doute Ulysse devait-il éprouver une sensation de « mer sans rivages » sur la route d'Ithaque. Ballotté sur une mer hostile, on imagine bien qu'il croyait naviguer sur une mer infinie, alors que les rivages l'entouraient de partout. Cette perte de vue n'était-elle pas en grande partie due aux fantasmagories qui l'assaillaient, aux mille épreuves qui l'éloignaient des côtes ?

Il est vrai que la bonne foi n'est pas sans rappeler une « mer sans rivages ». Elle constitue l'une de ces notions où une connaissance approfondie soulève sans cesse des épreuves supplémentaires. A fortiori, lorsqu'on entreprend « une migration » autour de cette notion, ces épreuves prennent de l'ampleur, jusqu'à faire désespérer d'arriver à bon port... Et pourtant, les rivages existent bien. Ulysse n'était pas condamné à l'errance.

Ces quelques migrations juridiques autour de la bonne foi ne portent ni à l'optimisme, ni à l'inquiétude face à la bonne foi. Elles invitent à faire preuve de réalisme.

Personne ne conteste qu'un principe général de bonne foi transparait fortement (et peut-être abusivement aujourd'hui) au travers des systèmes juridiques civilistes. Sans doute est-ce là la marque d'un 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 bonne foi 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 pré-établies d'une validité universelle et inflexible vers des conclusions qu'on en déduit. Sa méthode est inductive, et elle tire ses généralisations de cas particuliers »¹⁴¹.

Ces constatations ne font que confirmer que 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 »¹⁴².

Il ne faudrait cependant pas croire que les systèmes juridiques sont voués à emprunter des routes qui ne se croisent jamais. Le droit comparé est affaire de différences, mais aussi de rencontres. La bonne foi, avec ses nombreux équivalents fonctionnels de part et d'autre des systèmes juridiques, illustre ces rencontres. Le but de cet article était de contribuer à leur compréhension.

Lorsqu'on effectue une comparaison classique entre systèmes juridiques (comparaison horizontale), que remarque-t-on ? Les Américains sont sans doute plus avancés que les Anglais dans leur reconnaissance d'un principe général de bonne foi analogue à celui que connaissent les Belges ou les Français. Les œuvres de codification législative (*Uniform Commercial Code*) ou jurisprudentielles (*Restatement of Contracts*) consacrent la notion explicitement. Quoique controversée, il semble bien que la bonne foi puisse servir de cause autonome à une action judiciaire aux États-Unis¹⁴³. 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 ou juges accueillent la bonne foi ou ses succédanés sans peine, et ce depuis longtemps (on pense à Lord Mansfield au 18^{ème} siècle ou à Lord Denning au

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

142. MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, Livre I, Chap. 3, Paris (coll. *La Pléiade - Œuvres complètes*) t. 2, 1951, p. 237.

143. Cf. E.A. FARNSWORTH, «Good Faith in Contract Performance», *op. cit.*, pp. 165-166.

20ème)¹⁴⁴. En tout état de cause, le droit européen sert incontestablement de facteur d'intégration dans ce domaine. 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, ... de *bonne foi*¹⁴⁵.

L'examen de la bonne foi en droit du commerce international (comparaison verticale) suscite deux constats. D'abord, l'inquiétude anglaise devant la bonne foi ne semble pas partagée par tous les pays qui ont subi l'influence de l'Angleterre. Plusieurs États du *Common Law* sont parties à la CVIM, dont les États-Unis, l'Australie, le Canada et la Nouvelle-Zélande¹⁴⁶. A elle seule, cette constatation va à l'encontre de la théorie de Teubner selon laquelle ces États formeraient un groupe homogène qui ne puisse accueillir la bonne foi. Qui plus est, des appels se font de plus en plus pressants en doctrine anglaise pour que le Royaume-Uni ratifie la CVIM, ne fût-ce pour avoir son mot à dire dans l'interprétation qui est en donnée. Par ailleurs, lorsque l'on examine la bonne foi dans la Convention de Vienne ou dans les Principes d'Unidroit, on a tôt fait de constater que le dogmatisme n'est pas de mise dans cette matière. Ces instruments juridiques sont empreints de mesure et de pragmatisme, de renvois au « caractère international » des conventions, aux « conditions spéciales du commerce international », etc. On le voit : ce n'est pas *une* conception de la bonne foi, figée une fois pour toutes, qui s'impose. C'est une conception modérée qui se construit à la lumière de l'expérience.

144. V. 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 exact se lit : «governing principle ... applicable to all contracts and dealings» : cf. *Carter v. Boehm* [1766] 3 Burr 1905, at 1910, 97 RR 1162, at 1164.

145. L'article 5 CE dispose : «Les États 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».

146. Au 19 mars 1999, 53 États étaient parties à la CVIM : cf. *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General*, United Nations, New York (ST/LEG/SER.E), accessible sur <http://www.un.org/Depts/Treaty> on 19 March 1999.

Il est exclu de penser qu'on puisse un jour mettre un terme au débat, car si rivages il y a, ils nous échappent ou, du moins, on ne fait que les entrapercevoir. Tandis qu'Ulysse croyait naviguer sur une mer infinie, sa femme Pénélope tissait chaque jour son linceul, qu'elle défaisait la nuit pour recommencer le lendemain. Il en va ainsi pour la bonne foi. On est appelé à y revenir sans cesse. Le travail dans cette matière se doit d'être repris avec une infinie patience.