

Du développement inexorable du principe général de bonne foi en droit positif.

*La bonne et la mauvaise foi subjective
à base de faute et de fraude — la bonne et la mauvaise
foi objective à base de faute —
la bonne et la mauvaise foi objective sans faute*

Jean-François ROMAIN

CONSIDÉRATIONS PRÉLIMINAIRES

1. C'est un pari difficile à tenir que d'examiner de façon synthétique le développement du principe général de bonne foi en droit positif, en particulier en droit privé. Qu'il me soit permis de relever ce défi en m'appuyant sur la recherche que je viens de mener à bien et qui a donné lieu, lors de l'automne 1998, à la soutenance d'une thèse de doctorat intitulée : «Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé : des atteintes à la bonne foi en général et de la fraude en particulier ("*Fraus omnia corrumpit*")». Le sujet de la thèse est développé d'une autre façon par le titre de la présente contribution, qui se veut plus analytique et met en évidence les composantes fondamentales du principe général de bonne foi, telles qu'elles sont apparues dans l'histoire du droit.

2. Dans la thèse, l'objectif a été de démontrer l'existence d'un principe général du droit, à savoir le principe général qui requiert la bonne foi entre sujets de droit, principe fondateur du droit privé, qui permet d'enrichir la compréhension que l'on peut avoir de la responsabilité pour faute et sans faute. Ce principe est formulé comme suit de façon générale et introductive : il n'est pas permis, dans l'ordre

de l'éthique et du droit positif, de faire subir à autrui un tort que l'on ne voudrait pas soi-même subir, en toute bonne foi objective ou subjective. La démonstration — la thèse — qui est construite, remise dans la perspective nécessaire à la présente contribution, se déroule synthétiquement en trois temps :

— quelle est l'idée fondamentale au coeur du principe général de bonne foi, et comment cette idée s'articule-t-elle ?

— comment cette idée trouve-t-elle son équivalent et son fondement dans l'histoire du droit ? il s'agit alors d'étudier les racines du principe général de bonne foi, au regard de la perspective particulière qui est suivie ;

— comment cette idée et le principe dégagé permettent-ils de rendre plus complète la compréhension de certaines institutions de droit positif, plus précisément de droit privé, dans le droit de la responsabilité pour faute et sans faute ?

COMPRÉHENSION DU PRINCIPE DE LA THÈSE : FONDEMENTS ET ÉCONOMIE DU PRINCIPE GÉNÉRAL DE BONNE FOI

3. Quel est le fondement du principe de bonne foi, dans la thèse soutenue ?

Pourquoi ne peut-on faire subir à autrui, en toute bonne foi, un tort que l'on ne voudrait pas soi-même subir ? En réalité, pour répondre à cette question, il faut se représenter ce qu'est la conscience du *bonus vir*, de l'homme de bien, du sujet de droit par excellence. Or, si un sujet de droit ne peut faire subir à autrui un tort qu'il ne voudrait pas lui-même subir — et dans un instant il faudra introduire une distinction suivant que ce tort résulte d'une faute ou non —, c'est parce qu'est présent en lui et chez autrui le principe d'une même personnalité fondamentale, éthique d'abord, juridique ensuite.

Ce qu'il y a de commun entre l'un et l'autre sujets de droit, c'est cette identité de personne humaine, qui les lie — qui nous lie — tous, existentiellement et pragmatiquement dans les domaines de l'éthique et du droit. Il existe entre nous une relation d'égalité formelle et de réciprocité naturelle, puisque nous présentons en nous cette même personne humaine, valable et opposable sur les plans existentiel, éthique et juridique. Nous sommes dans une relation de respect mutuel.

La bonne foi, la plus abstraitement définie, n'est autre que le respect d'autrui comme de soi-même, dans la cohérence qui s'impose

vis-à-vis de soi-même et d'autrui. Il faut être de bonne foi, respecter l'autre comme soi-même. La bonne foi est la bonne confiance (*bona fides*) dans soi-même et autrui, la fidélité (*fides*) à l'autre, à ce qui est commun entre sujets de droit, dans la conscience de l'identité d'être. La bonne foi est la non-indifférence à soi-même comme à autrui ; la conscience de la non-différence avec autrui, et partant la non-indifférence à autrui, qui engendre le respect mutuel. Cette bonne foi doit idéalement gouverner nos actions, dans l'éthique et le droit.

Dès lors, si j'impose à autrui un tort que je ne voudrais pas moi-même subir, je porte atteinte et je viole le principe de cette personnalité éthique et juridique, qui est de même intensité et de même prix, chez moi et chez autrui. En conséquence aussi, plus essentiellement, je sombre dans une incohérence, dans l'ordre du rationnel ou du raisonnable qui appartient au sens commun. En effet, en portant atteinte à la personnalité éthique et juridique d'autrui, je viole le principe même de cette personnalité, également présente en moi, et je sombre dans une incohérence de la conscience objective, c'est-à-dire la conscience du *bonus vir*, de l'homme de bien.

En d'autres termes, je ne peux nier l'être d'autrui sans nier mon propre être, puisqu'il y a identité de personnalité éthique et juridique. En ayant un tel comportement de frustration imposé à autrui, je porte atteinte à la personnalité humaine, également présente en moi. Par conséquent, il faut lutter contre la tendance que nous connaissons tous, allant jusqu'à à nous faire sombrer dans ce type d'incohérence, contraire à ce que j'ai nommé le principe éthique et juridique de non-contradiction. Si je bafoue la personne d'autrui, je méconnaiss aussi le principe de ce qui est fondamentalement commun entre moi et autrui, à savoir cette personnalité éthique et juridique. Je sombre dans une incohérence. Je viole, dans l'ordre du rationnel et du raisonnable, le principe éthique et juridique de non-contradiction, qui veut que je ne puisse à la fois nier la personne d'autrui (non A), tout en affirmant ma propre personne (A), puisque cette personne est la même chez moi et autrui, et donc m'affirmer et nier l'être d'autrui, c'est nier mon propre être ($A = \text{non } A$), ce qui ne se peut raisonnablement. Chaque fois que je sombre dans une telle incohérence, je suis de mauvaise foi. Je ne suis fidèle ni à la personne d'autrui, ni même à ma propre personne éthique et juridique.

Il faut prendre conscience du principe de respect mutuel qui gouverne les actions des sujets de droit. Il y va d'un problème et d'un travail de conscience. Puis-je accepter qu'autrui subisse un tort que je ne voudrais pas moi-même subir. Imposer à autrui un tel tort, à la suite d'une faute, c'est sombrer dans une incohérence de la conscience objective. La faute est donc une incohérence de la conscience

objective, la plus négative qui soit, suivant la définition que j'en propose.

Il convient ainsi d'opérer un travail de conscience, et le juge saisi d'un litige doit effectuer aussi, en quelque sorte, un tel travail, en essayant de se représenter ce qu'eût été le comportement de l'homme de bien, normalement prudent, diligent et de bonne foi. Ce travail de conscience relève de la conscience objective de l'homme de bien et s'inscrit dans le cadre privilégié du standard de bon comportement du bonus vir.

4. Il faut toutefois être prudent et scrupuleux, en droit.

Si l'on est gagné par la conviction que le droit se fonde directement dans le domaine de l'éthique¹, particulièrement et de façon évidente au moment d'étudier les comportements de bonne et de mauvaise foi, si donc il existe un lien substantiel entre le «*for intérieur*» et le «*for extérieur*», pour reprendre une distinction chère à Pothier², ou entre les lois fondamentales ou «*naturelles*», d'une part, et celles qui sont «*arbitraires*», d'autre part, suivant la distinction défendue par Domat³, le droit présente aussi une indiscutable spécificité par rapport à l'éthique et à la morale. Le droit ne se réduit pas au domaine de la morale, et c'est tant mieux, notamment au regard d'un principe élémentaire de sécurité juridique, qui doit être observé de façon permanente. Il en est de même du principe général de bonne foi, qui doit revêtir un contenu précis. Comment penser dès lors la tension existant entre le principe de liberté individuelle, pour soi-même et autrui, et le principe de bonne foi, due à autrui et par autrui, dans la relation réciproque de respect mutuel qui existe entre sujets de droit ? Se poser cette question implique que l'on étudie les comportements de bonne et de mauvaise foi, suivant trois plans ou domaines fondamentaux bien distincts :

— se manifeste d'abord le premier domaine des comportements d'action ou d'omission les plus répréhensibles en droit privé, par

1. Cette dernière peut s'entendre au sens du savoir qui étudie les fondements de la morale.

2. Cf. notre thèse précitée, à paraître, spéc. n° 31, et réf. précise à Pothier. En ce qui concerne les oeuvres de Pothier, cf. édition de 1848, annotée et mise en corrélation avec le Code civil et la législation de l'époque, par M. BUGNET, Paris.

3. Cf. thèse, spéc. n° 6, et réf. précise à Domat. Voir l'ouvrage fondamental de DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, première édition en 1689, nouvelle édition chez Nicolas Gosselin, 1723.

lesquels l'on fait subir sciemment à autrui un tort que l'on ne voudrait pas soi-même subir, à la suite d'une intention dommageable qui implique que l'on veuille l'acte mauvais et ses conséquences dommageables pour autrui, soit plus précisément que l'on agisse par pure intention de nuire (acte de nuisance) (1), soit que l'on cherche à tromper autrui ou à tirer avantage d'une situation juridique aux dépens d'autrui (2), soit encore que l'on ne s'abstienne pas de poser vis-à-vis d'autrui un comportement d'action ou d'omission que l'on sait pourtant dommageable (3) ; ces premiers comportements de mauvaise foi caractérisée relèvent du domaine de la bonne et de la mauvaise foi subjectivement définie, à base de faute intentionnelle et de fraude⁴ ;

— se présentent ensuite des comportements par lesquels l'on fait subir à autrui un tort, sans avoir eu véritablement d'intention dommageable, ou plus précisément à la suite d'un comportement fautif qui est objectivement considéré et défini, au regard du standard de bon comportement du *bonus vir*, de l'homme de bien, normalement prudent, diligent et de bonne foi ; il s'agit du domaine de la bonne et de la mauvaise foi objective à base de faute ;

— apparaissent enfin les situations dommageables où nul comportement fautif ne peut être relevé, en principe, nulle faute ne peut être mise à charge d'un sujet de droit, et pourtant ce sujet de droit est conscient qu'autrui subit un tort qu'il ne voudrait pas lui-même subir ; ces situations sont délicates et relèvent du domaine spécifique de l'équité, ou domaine de la bonne foi objective sans faute, au sens précis du terme où je l'entends, qui vise des situations où il faut opérer et pondérer, de façon purement objective (la plus objective possible, presque quantitative), une balance d'intérêts en présence (pensons à l'enrichissement sans cause, à la théorie des troubles de voisinage, à l'apparence sans faute, à l'imprévision, etc.⁵).

5. L'examen des domaines de la bonne et de la mauvaise foi postule un processus d'abstraction et d'objectivation du raisonnement juridique. L'on s'abstrait de plus en plus du fond d'intention des comportements, pour considérer ceux-ci sur une base purement objective, indépendamment des intentions de leur auteur, au regard du standard de bon comportement du *bonus vir*, d'abord, à base de faute, puis sans qu'il n'y ait plus de faute, au regard d'une pure balance quantitative d'intérêts en présence.

4. Telle est du moins la définition du premier domaine de la bonne et de la mauvaise foi, que je propose.

5. A ce sujet, cf. infra, n° 36 et 37.

6. Cette tendance à l'objectivation du raisonnement juridique correspond à l'évolution générale qui s'est produite dans l'histoire du droit :

— est d'abord apparu et s'est structuré le domaine de la bonne et de la mauvaise foi subjective à base de faute intentionnelle et de fraude (cf. sources premières du principe de bonne foi⁶) ;

— puis s'est développé le domaine de la bonne foi objective à base de faute, au début du 20^e siècle⁷ ;

— enfin, est apparu et demeure en voie de développement, le domaine de la bonne foi objective sans faute ou de l'équité, au sens strict où je l'entends⁸.

7. Il s'agit cependant encore de nuancer les distinctions qui précèdent.

Il existe un lien fondamental entre les trois domaines mis en perspective : dans tous les domaines, il y va de la relation fondamentale avec autrui, et du tort que celui-ci subit, soit à la suite d'une faute, soit même sans faute, tort que l'on ne voudrait pas soi-même subir et que l'on ne peut admettre d'imposer à autrui, sans sombrer dans une forme d'incohérence. L'économie générale du principe de bonne foi tend ainsi à persévérer, de façon similaire, dans les domaines de la bonne et de la mauvaise foi qui sont considérés. Il existe par ailleurs un lien fondamental entre les deux premiers domaines de la bonne foi, qui appartiennent l'un et l'autre au domaine de la responsabilité pour faute : celui qui porte atteinte intentionnellement à l'intérêt d'autrui, viole évidemment le standard de bon comportement du *bonus vir*. Le premier domaine s'intègre donc, conceptuellement, au sein du second. Mais ils doivent aussi être distingués, car il existe une indiscutable spécificité du domaine de la mauvaise foi intentionnelle et de la fraude, comme nous le verrons encore infra. Les deux premiers domaines de la bonne foi diffèrent enfin du troisième, puisque ce dernier concerne des situations sans base de faute. Il s'agit de ce que j'ai appelé le domaine de l'équité au sens strict, qui est celui du principe général d'équité, tel que je le conçois.

6. A ce sujet, cf. thèse, n° 4 à 54.

7. Cf. thèse, n° 81 et s., ainsi que 361 à 399.

8. Cf. thèse, n° 400 à 409. Au sujet de l'évolution historique du concept de bonne foi, cf. aussi ci-après, n° 8 à 17.

ÉLÉMENTS D'HISTOIRE DU DROIT : ÉVOLUTION GÉNÉRALE DANS LE SENS D'UNE OBJECTIVATION DE LA COMPRÉHENSION DU PRINCIPE DE BONNE FOI

8. En travaillant sur les travaux préparatoires du Code civil⁹, notamment ceux des articles 1134 et 1135, dispositions-clés du droit des obligations et des contrats¹⁰, l'on se rend compte de la portée fondamentale du principe de bonne foi (1), qui disparaît pourtant au 19^e siècle (2), puis est revalorisé heureusement, dans son acception objective, au 20^e siècle (3), avant d'acquérir une acception plus objective encore ces dernières décennies (4).

9. Les auteurs du Code civil opèrent constamment des références au droit naturel, à l'équité au sens large du terme, à Domat et Pothier et, par leur intermédiaire, au droit romain¹¹. A travers toutes ces références apparaît le rôle actif du principe de bonne foi, particulièrement en tant qu'il s'oppose aux comportements de mauvaise foi caractérisée, de faute intentionnelle et de fraude, et éclaire l'économie générale du contrat.

10. En droit romain existait déjà la distinction fondamentale entre contrats de bonne foi et contrats de droit strict¹². Les premiers sont essentiellement les contrats synallagmatiques, c'est-à-dire les contrats à prestations réciproques et bilatérales, les seconds les contrats unilatéraux. Dans les premiers, comme il existe un élément

9. Au sujet des travaux préparatoires du Code civil, v., de façon générale, Baron de LOCRIÉ, *Législation civile commerciale et criminelle ou commentaire des codes français*, Bruxelles, 1836 (pour la matière des contrats et des obligations, v. surtout tomes 1, 6 et 7) : v. aussi P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1927.

10. L'on sait que l'article 1134 énonce trois principes : le principe de la convention-loi (al. 1) ; le principe de l'accord mutuel des parties ou de l'empire de la loi pour modifier le contrat (al. 2) (qui est en partie une émanation de la convention-loi et de l'autonomie de la volonté), et le principe l'exécution de bonne foi des conventions (al. 3). Quant à l'article 1135, il prévoit que le contrat oblige non seulement à ce qui est exprimé mais aussi à toutes les suites que l'équité, l'usage et la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. Au sujet des travaux préparatoires de ces articles, cf. notre thèse, n° 42 à 54.

11. Cf. thèse, spéc. n° 42.

12. Cf. à ce sujet, cf. thèse, n° 15. à 22. De façon plus complète encore, cf. l'étude de Mme le Professeur H. Jones, au sein du présent ouvrage, dont nombreuses références contenues dans cette étude.

d'incertitude (*incertum*), le juge saisi exerce un pouvoir actif dans la solution des litiges ; il peut notamment soulever d'office l'exception de dol, ce qui n'est pas le cas, en principe, pour les contrats de droit strict, où l'exception de dol doit être soulevée expressément par la partie qui l'invoque. En outre, le standard de bon comportement du «bonus vir» permet de comprendre la «bona fides», qui succède à la «fides», sous l'influence déterminante de la philosophie stoïcienne¹³.

11. Domat pense presque en totalité les principes qui nous intéressent. Tous les contrats sont devenus de bonne foi en ancien droit français. Reste à définir le principe de bonne foi, de façon générale et dans le droit des contrats. Domat nous livre ces admirables définitions, où tout est déjà en germe et où nous retrouvons en esquisse les plans distingués supra :

— il est un principe de base qui s'applique à tous les engagements juridiques quels qu'ils soient, qui relève du plan de la bonne foi objective à base de faute (celui-ci étant presque déjà distingué du plan de la fraude et de la malignité) : «(...) dans tous les engagements de personne à personne, soit volontaires ou involontaires, qui peuvent être des matières des Lois civiles, on se doit réciproquement ce que demande les deux préceptes que renferme la seconde loi (fondamentale), l'un de faire aux autres ce que nous voudrions qu'ils fissent pour nous, et l'autre de ne faire à personne ce que nous ne voudrions pas que d'autres nous fissent. Ce qui comprend la règle de ne faire tort à personne, et celle de rendre à chacun ce qui lui appartient»¹⁴ ; et plus loin est énoncé le principe de bonne foi appliqué au domaine de la fraude et du dol : «(...) en toutes sorte d'engagements, soit volontaires, soit involontaires, il est défendu d'user d'infidélité, de duplicité, de dol, de mauvaise foi, et de toute manière de nuire et de faire tort»¹⁵ ;

— plus loin, il nous est donné de lire cette définition déjà résolument moderne du principe général d'exécution de bonne foi en matière contractuelle : «Il n'y a aucune espèce de convention où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi, avec tous les effets

13. Cf. thèse, n° 14 et 15.

14. Cf. Traité, chapitre V des lois, plus précisément grands principes gouvernant les engagements entre les hommes, troisième principe : à ce sujet, v. thèse, n° 7.3.

15. Cf. quatrième principe, *ibidem*. L'on retrouve donc à travers ces principes, en filigrane, les deux plans distingués supra, mais dans l'ordre inversé : celui général de tous les torts objectivement définis et celui plus particulier de la fraude et de la faute intentionnelle.

*que l'équité peut y demander, tant en la manière de s'exprimer dans la convention, que pour l'exécution de ce qui est convenu, et de toutes les suites. Et quoiqu'en quelques conventions cette bonne foi ait plus d'étendue, et en d'autres moins, elle doit être entière en toutes, et chacun est obligé à tout ce qu'elle demande, selon la nature de la convention, et les suites qu'elle peut avoir (...)*¹⁶.

Chez Domat, l'emprise de la pensée janséniste est très forte. Est également à l'oeuvre une volonté de classification du droit en un ordre le plus parfait et le plus systématique possible, qui doit beaucoup aux présupposés du modèle cartésien¹⁷.

12. Pothier s'emploie de même à débusquer les comportements de mauvaise foi caractérisée, en particulier dans le domaine des contrats, et plus précisément du contrat de vente, à la formation de ce dernier (dol-vice de consentement, notamment par réticence). Pothier est partagé entre — et allie en définitive — un fort a priori religieux d'origine judéo-chrétienne (la règle d'or «*Aime ton prochain comme toi-même*») et un a priori aristotélicien (le contrat bilatéral repose sur un principe fondamental d'égalité, qui découle d'une exigence de justice commutative, en équité). Pothier explique en effet le mécanisme du dol-vice de consentement par réticence en livrant des considérations qui mettent en évidence à la fois la règle d'or, comprise en fonction d'un principe de cohérence, et qui touchent au caractère jusqu'à un certain point égalitaire et équitable du contrat :

— *«Dans le for intérieur, on doit regarder comme contraire à cette bonne foi, tout ce qui s'écarte tant soit peu de la sincérité la plus exacte et la plus scrupuleuse : la seule dissimulation sur ce qui concerne la chose qui fait l'objet du marché, et que la partie avec qui je contracte aurait intérêt de savoir, est contraire à cette bonne foi ; car puisqu'il nous est commandé d'aimer notre prochain autant que nous-même, il ne peut nous être permis de lui rien cacher de ce que nous n'aurions pas voulu qu'on nous cachât, si nous eussions été à sa*

16. Cf. le proposition XII, sous la Section III du Titre I (Traité des lois), sous le titre plus précisément intitulé *De la bonne foi entière en toutes sortes de conventions* : à ce sujet, cf. thèse, n° 11. Dans la conception sous-jacente à la définition de ce principe, il apparaît, de façon éclairante et enrichissante, que l'article 1135 du Code civil devrait précéder l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, dans la véritable logique des principes.

17. A ce sujet, cf. thèse, n° 4 et 5.

place. Cette maxime est traitée tout au long de notre Traité du contrat de vente»¹⁸ ;

— plus loin : *«Quoique, dans plusieurs affaires de la société civile, les règles de la bonne foi se bornent à nous défendre de mentir, et nous permettent de ne pas découvrir aux autres ce qu'ils auraient intérêt de savoir, lorsque nous avons un égal intérêt de ne le leur pas découvrir ; néanmoins dans les contrats intéressés, du nombre desquels est le contrat de vente, la bonne foi ne défend pas seulement tout mensonge, mais toute réticence de tout ce que celui avec qui nous contractons a intérêt de savoir, touchant la chose, qui fait l'objet du contrat. La raison est que la justice et l'équité, dans ces contrats, consiste dans l'égalité. Tout ce qui tend à la blesser est donc contraire à l'équité. Il est évident que toute réticence de la part d'un des contractants, de tout ce que l'autre aurait intérêt de savoir, touchant la chose, qui fait l'objet du contrat, blesse cette égalité : car, dès que l'un a plus de connaissance que l'autre touchant cette chose, il a plus d'avantage que l'autre à contracter ; il sait mieux ce qu'il fait que l'autre, et par conséquent l'égalité ne se trouve plus dans le contrat (...)»¹⁹ ;*

— *«De même que le vendeur est parfaitement libre de vendre ou de ne pas vendre, il doit laisser à l'acheteur une parfaite liberté d'acheter ou de ne pas acheter, même pour le juste prix, si ce prix ne convient pas à l'acheteur. C'est donc une injustice que de tendre un piège à cette liberté dont l'acheteur doit jouir, en lui cachant un vice de la chose, pour lui faire acheter cette chose qu'il n'eût pas voulu acheter pour le prix qu'on la lui a vendue, s'il en eût connu le vice (...)»²⁰.*

13. Les travaux préparatoires du Code civil sont d'une grande richesse en ce qui concerne le principe de bonne foi. Favard livre cette profession de foi remarquable au sujet du principe d'exécution de bonne foi énoncé par l'article 1134, alinéa 3, du Code civil : *«Il n'y aura plus d'incertitude sur ce principe ; il sera désormais fondé sur une loi positive et garante de l'autorité des contrats, garante par conséquent des fortunes des particuliers ; et ce qui est plus précieux encore, garante de la bonne foi qui doit régner dans l'exécution des*

18. Cf. Traité, en particulier traité du contrat de vente, Section 1, spéc. n° 30, p. 19, in fine, et 20. A ce sujet, v. notre thèse, spéc. n° 32.

19. *Op. cit.*, spéc. n° 233, p. 93 in fine, et 94. V. thèse, n° 33.2.

20. *Ibidem*, spéc. n° 236, p. 95.

conventions»²¹. Portalis explique le mécanisme de la lésion dans le droit des contrats, comme suit : «*A Dieu ne plaise que nous ne voulions affaiblir le respect qui est dû à la foi des contrats. Mais il est des règles de justice qui sont antérieures aux contrats mêmes, et desquelles les contrats tirent leur principale force. Les idées de juste et d'injuste ne sont pas l'unique résultat des conventions humaines ; elles ont précédé ces conventions, et elles en doivent diriger les pactes. De là les jurisconsultes romains, et après eux toutes les nations policées, ont fondé la législation civile des contrats sur les règles immuables de l'équité naturelle*»²². Cambacérés définit le rôle du juge dans le contrat comme étant celui d'un «*ministre d'équité*», ce qui permet notamment de comprendre en profondeur le principe énoncé par l'article 1135 du Code civil²³. De même, Tronchet écrit que cet article assure une compréhension approfondie du contrat de vente et de ses obligations de base²⁴.

14. Il se produit un paradoxe de l'autonomie de la volonté dans les travaux préparatoires du Code civil. En effet, l'autonomie de la volonté n'y est pas véritablement présente. Tout au plus la convention-loi émerge-t-elle, et encore, liée expressément au principe d'exécution de bonne foi. Il est paradoxal que ce principe de l'autonomie de la volonté (expression de la liberté individuelle), que l'on disait si présent et si fort après la Révolution française, n'affleure pas véritablement dans le Code. En réalité, ce paradoxe apparent doit être dépassé : soit l'autonomie de la volonté s'avère être une création de la pensée doctrinale largement postérieure au Code civil de 1804, soit, à tout le moins, est-elle encore largement équilibrée et contre-balancée par le principe général de bonne foi, qui a une portée très extensive, non limitée au strict domaine de l'interprétation des conventions²⁵.

15. Survient ensuite le 19^e siècle, qui est le siècle du triomphe de l'autonomie de la volonté ou en tout cas de la convention-loi. Il en découle une très regrettable éclipse de la bonne foi, qui devient totalement atrophiée. Un nouveau paradoxe se met en place, bien réel

21. Cf. rapport au Tribunat sur le chapitre IV du titre des contrats, spéc. p. 153, 1^{re} col., n° 30, *in fine*.

22. Cf. exposé des motifs du titre de la vente, LOCRE, *op. cit.*, t. VI, Livre III, spéc. p. 78.

23. Cf. à ce sujet, FENET, *op. cit.*, t. II, p. 7. V. aussi les analyses éclairantes par E. GOUNOT, *Le Principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse, Paris, 1912, p. 192 et s., spéc. p. 210.

24. Cf. thèse, spéc. n° 51.

25. A ce sujet, cf. thèse, spéc. n° 48 à 50.

celui-là : la doctrine largement dominante en vient à soutenir que la seule portée des principes de bonne foi et d'équité²⁶ ne concernerait que la stricte interprétation de la volonté des parties, cette doctrine renvoyant généralement au droit romain²⁷. Ce faisant, les auteurs font des contrats de bonne foi des contrats de droit strict, ce qui est un complet contre-sens historique. C'est pourtant en ce sens aussi qu'écrira De Page²⁸.

16. Demogue régénère et renouvelle la pensée du principe de bonne foi, au début du 20^e siècle²⁹. Il élabore notamment la théorie du microcosme contractuel et des trois pouvoirs, suivant laquelle le contrat crée un microcosme, une micro-société, à base de communauté d'intérêts entre cocontractants, qui produit des effets juridiques bien réels et qui donne naissance à des embryons de pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire entre cocontractants, pour faire vivre le contrat³⁰. Cette théorie est séduisante et a le mérite de relancer la compréhension et l'intérêt pour la bonne foi, tout en ouvrant le domaine nouveau de la bonne foi objective à base de faute. Elle se base cependant sur une fiction qui n'est pas totalement convaincante et omet le fond de compréhension du principe de bonne foi³¹.

17. Le 20^e siècle est à la fois celui où le principe de bonne foi, dans son acception objective à base de faute, se structure et se développe³², et celui où le domaine de la bonne foi objective sans faute apparaît.

18. On perçoit, à l'examen de ce trop rapide survol d'histoire du droit, que le mouvement d'objectivation et d'enrichissement des

26. Cf. articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil.

27. Cf. thèse, n° 76 à 80.

28. Cf. *Traité élémentaire de droit civil*, 3^e éd., Bruxelles, 1934, t. II, spéc. n° 462 et s., p. 437 et s, spéc. n° 468, 4, p. 458 *in fine* et 459. A ce sujet, cf. thèse, n° 89.

29. Cf. *Traité des obligations en général*, II, *Effets des obligations*, t. VI, Paris, 1931, p. 5 et s.

30. Cf. *Traité, op. cit.*, t. VI, n° 3, p. 9 et s. A ce sujet, cf. notre thèse, n° 83.

31. Cf. thèse n° 90.3.

32. Les travaux du Professeur P. Van Ommeslaghe ayant contribué de façon définitive à cette évolution, en droit belge. A ce sujet, cf. thèse, spéc. n° 365 et s. V. notamment l'étude brève mais essentielle de P. VAN OMMESLAGHE, «Le principe de l'exécution de bonne foi. Un principe général de droit», dans *R.G.D.C.*, 1987, p. 101 et s.

concepts se réalise complètement et se poursuit. Il est encore à l'oeuvre dans le droit positif actuel. Les domaines de la bonne et de la mauvaise foi s'ajoutent les uns aux autres³³. L'on peut parler d'une forme de progrès du droit positif, dans le mouvement même d'émergence et de structuration de ces domaines. Nous voyons s'opérer la prise en compte spontanée de l'impératif de sécurité juridique, par un processus d'expression circonspecte du principe général de bonne foi et de tous les principes généraux du droit qui lui sont liés (principe «*Fraus omnia corrumpit*», principe de l'exécution de bonne foi «*consacré par*» l'article 1134, alinéa 3, du Code civil³⁴, principe de l'abus de droit, de l'apparence, etc.). Il s'agit d'un processus de révélation, puis chaque fois de cristallisation tout à fait précise des principes, par la mise en évidence de leurs strictes conditions d'application. La Cour de cassation joue dans cette matière un rôle positif et créatif, crucial pour le développement de l'Etat de droit. C'est au prix de cette élaboration progressive et mesurée, qui connaît des temps d'accélération et des temps d'arrêt, que peut s'établir, s'affermir et se pondérer la balance entre le principe général de liberté individuelle et le principe général de bonne foi.

EXISTENCE ET UTILITÉ DU PRINCIPE GÉNÉRAL DE BONNE FOI EN DROIT POSITIF

Domaine de la bonne et de la mauvaise foi à base de faute intentionnelle et de fraude

19. Nous sommes au coeur de la mauvaise foi la plus caractérisée, la plus contraire au principe général de bonne foi, là où se concrétise une incohérence de la conscience objective de la façon la plus criante, qui requiert la réaction la plus vive du droit positif. Or, l'homme de bien est un *bonus vir*, présumé de bonne foi ; il est aussi obligé à la bonne foi vis-à-vis d'autrui.

20. La présomption de bonne foi, énoncée par l'article 2068 du Code civil, qui prévoit que «*La bonne foi est toujours présumée et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver*», est au point de

33. Sans s'absorber, bien sûr, même s'il peut y avoir des recoupements.

34. Pour reprendre les termes utilisés par la Cour de cassation : cf. Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55 et s. : *R.C.J.B.*, 1986, p. 282 et s., et la note de J.-L. FAGNART. A ce sujet, cf. aussi *infra*, n° 34 .

départ du raisonnement concernant la mauvaise foi caractérisée qu'est la faute intentionnelle (dol) ou la fraude. Puisque le *bonus vir* est présumé de bonne foi, de façon réfragable, et que la charge de la preuve incombe à celui qui tend à imputer un comportement de fraude ou de faute intentionnelle à autrui, il faut se garder de porter atteinte à cette présomption, soit en imposant au défendeur à l'action qu'il rapporte lui-même la démonstration de sa bonne foi, soit en permettant au demandeur à l'action de démontrer une mauvaise foi non intentionnelle, en quelque sorte simplement objectivée et non établie de façon effective.

21. L'on parvient aussi nécessairement à énoncer que la mauvaise foi, la fraude, la faute intentionnelle, doit être caractérisée par un élément intentionnel précis, dont il faut en principe rapporter la preuve, qui n'est pas réductible à une pure intention de nuire (concept trop restrictif) et qui est plus précis que la simple volonté du comportement dommageable, ou la simple volonté du comportement et la représentation des conséquences de ce comportement. Le critère de la faute intentionnelle et de la fraude réside essentiellement, selon nous, dans une certaine intention dommageable au sens civil du terme, qui se combine parfois — mais de façon non nécessaire à la définition du concept, et de façon non systématique — avec un élément de tromperie³⁵.

22. La Cour de cassation a rendu le 7 octobre 1997 un important arrêt par lequel elle a décidé que la fraude «(...) implique l'existence d'une volonté malicieuse, une tromperie intentionnelle, la déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain»³⁶. Cette définition est celle de De Page, reprise par le Procureur général Velu à l'occasion de conclusions ayant précédé un arrêt de la Cour de cassation du 13 juin 1985³⁷.

23. Je propose la définition suivante du dol-faute intentionnelle et de la fraude en droit privé : ce qui caractérise ces notions, c'est une forme de conscience et une volonté appliquée au comportement lui-même, en ce compris dans ses conséquences dommageables (**test général de l'intention dommageable**), d'où les **trois tests** plus précis vus supra, constitutifs du domaine de la bonne et la mauvaise foi subjective à base de faute intentionnelle et de fraude, à savoir :

35. Songeons au dol-vice de consentement.

36. Cf. arrêt, à notre connaissance encore inédit, en cause *Gabay et consorts c./ Immomills, Louis de Waele* (...), R.G. n° 96.0318.

37. Cf. *Pas.* 1985, p. 1300 et s., et conclusions, spéc. p. 1311, et réf. à DE PAGE.

- le test de l'intention de nuire à autrui ;
- celui de la recherche d'un avantage pour soi-même, au détriment d'autrui, en ce compris au prix d'un comportement de tromperie vis-à-vis d'autrui ;
- et le test complémentaire de la non-abstention d'agir au détriment d'autrui, alors que l'on sait que le comportement en question sera dommageable à autrui et que l'on persévère donc, malgré tout, dans ce comportement.

24. Il est possible de construire une théorie générale de la fraude sur la base de la notion qui précède, qui recouvre le domaine du principe général du droit «*Fraus omnia corrumpit*», lequel relève du droit commun et s'applique sauf volonté plus précise du législateur. La théorie construite est un modèle général de droit commun, à la disposition des praticiens et des cours et des tribunaux, auquel le législateur peut parfaitement déroger et a d'ailleurs dérogé dans certains domaines, donnant des définitions ou des effets plus particuliers à la fraude.

25. J'ai étudié dans ma thèse, de façon systématique et analytique, les plus importants domaines de la fraude en droit privé, cette étude n'ayant pas encore été menée à bien en droit belge. J'ai ainsi construit une théorie générale de la fraude, qui donne corps et régime au principe général du droit «*Fraus omnia corrumpit*»³⁸. Ont été examinés³⁹ les domaines de la faute intentionnelle et de la fraude entre parties (dol-vice de consentement ; lésion qualifiée, régime de la responsabilité du vendeur en droit commun (garantie des vices cachés) et du vendeur professionnel ; dol dans l'exécution des contrats, etc.), ou à l'égard des tiers (théorie de la tierce complicité, théorie de la fraude paulienne ; fraude dans les opérations de cession immobilières ou mobilières, fraude à la cession de créances, etc.) et de la théorie de la fraude à la loi qui, nonobstant sa spécificité, demeure pertinente et valide en droit belge.

26. Les grands axes de la théorie de la fraude et de la faute intentionnelle sont apparus d'eux-mêmes. Parmi beaucoup d'autres⁴⁰, il convient de relever les éléments suivants :

38. Cf. thèse, n° 150 à 347.

39. Et j'espère que le praticien trouvera dans cette étude des renforts efficaces pour la solution de problèmes concrets de la réalité juridique.

40. A ce sujet, cf. en général nombreux développements poursuivis dans la thèse.

— compte tenu de l'importance de la présomption de bonne foi et de l'impossibilité — de principe — de renverser cette présomption, en constatant simplement une mauvaise foi objectivement appréciée, mais non une mauvaise foi réellement établie, ont été dénoncés des mécanismes d'objectivation hâtive, et non justifiés légalement, de la bonne et la mauvaise foi, dans le domaine de la fraude, qui sont contraires à la présomption de bonne foi (cf. applications en matière de dol-vice de consentement⁴¹, renfort du concept pour comprendre la théorie de la tierce complicité en profondeur⁴², etc.) ;

— au lieu de relever, en matière de faute intentionnelle ou de fraude, un comportement de mauvaise foi à charge d'un sujet de droit, simplement parce que ce dernier «*connaissait*» ou «*devait connaître*» telle ou telle situation juridique, et donc de déduire une mauvaise foi caractérisée d'une ignorance souvent simplement fautive (par exemple découlant d'une simple négligence), au regard du standard de bon comportement du *bonus vir*, objectivement considéré, il importe de relever une mauvaise foi réelle (conscience et volonté du dommage, ou élément plus précis arrêté par le législateur), le cas échéant à la suite d'une présomption de l'homme (sens admissible des termes «*devait savoir*», en application des articles 1349 et 1353 du Code civil) ;

— sur la base du principe «*Fraus omnia corrumpit*», l'on comprendra certains mécanismes dérogatoires du droit commun, inexpliqués à ce jour. Songeons au problème du concours de responsabilités entre l'auteur d'un dol-vice de consentement et la victime qui, de son côté, a commis une faute inexcusable mais non intentionnelle. Le principe «*Fraus omnia corrumpit*» justifie, le plus en profondeur, que l'auteur du dol ne puisse pas opposer, et déduire des effets de droit d'une telle faute de la victime. J'ai approfondi la compréhension de ce principe et proposé de l'étendre à toutes les situations du même type⁴³ ;

— «*La fraude fait (en principe) exception à tout*», elle «*corrompt tout*» : il est possible de construire un régime précis, nuancé (caractère non subsidiaire et personnel de la fraude, précisément cristallisé dans le temps «*Mala fides superveniens non nocet*»), efficace dans la sanction qui est établie (une inopposabilité), chaque fois à la mesure de la fraude civile⁴⁴ ;

41. Cf. thèse, n° 157 et 175.

42. Cf. thèse, n° 241 et s.

43. A ce sujet, cf. thèse, n° 168 à 172, et n° 341.

44. Au sujet des principes gouvernant une théorie générale de la fraude, cf. thèse, n° 332 à 345.

— l'action pour fraude peut dès lors se combiner avec l'action en responsabilité, l'une étant non subsidiaire par rapport à l'autre, l'une et l'autre présentant d'indiscutables spécificités et étant irréductibles l'une à l'autre⁴⁵ ; il n'est pas de meilleur exemple que celui de la lésion qualifiée pour démontrer les rapports actifs entre les deux types d'action⁴⁶ ;

— la faute intentionnelle est aussi à repenser plus en profondeur, de sorte que l'on puisse reconstruire une théorie de la responsabilité délictuelle en droit civil et développer un volet particulier de l'abus de droit, fondé dans l'article 1382 du Code civil.

27. Tel est le premier volet du domaine de la bonne et de la mauvaise foi — celui de la fraude civile et de la faute intentionnelle — qui est aussi celui du principe général du droit «*Fraus omnia corrumpit*», lequel se fonde directement dans le principe général de bonne foi⁴⁷.

Le domaine de la bonne foi objective à base de faute

28. Vient ensuite le domaine de la bonne et de la mauvaise foi objective à base de faute qui est apparu au début de ce siècle, essentiellement à l'instigation de Demogue, et qui a connu un formidable développement depuis lors. La thèse examine de façon plus synthétique ce domaine⁴⁸, qui a été étudié abondamment ces dernières décennies, en particulier dans le droit des contrats (principe d'exécution de bonne foi).

29. Le test général de la bonne foi objective à base de faute est défini comme suit : il s'agit d'examiner, dans toutes les situations litigieuses, si un *bonus vir*, normalement prudent, diligent et de bonne foi, se serait comporté comme l'a fait le sujet de droit concerné. Si tel n'est pas le cas, l'on peut en principe conclure à l'existence d'une faute et d'une responsabilité, sous réserve d'examen des autres éléments constitutifs essentiels de la responsabilité, et peu important en principe les intentions de la personne en question. La bonne foi objective entre sujets de droit est le respect objectif de l'intérêt d'autrui

45. Cf. thèse, n° 335 à 337.

46. Cf. thèse, n° 176 et s.

47. On voit apparaître ici un lien substantiel entre principes généraux du droit, qui sont constitutifs de l'«*arbre de la bonne foi*», pour reprendre la belle image proposée par Demogue.

48. Cf. n° 348 à 399.

au même titre que son intérêt propre (règle de cohérence réciproque). La mauvaise foi, objectivement définie, est au contraire l'irrespect objectif de l'intérêt d'autrui, pour peu cependant qu'une faute ait été commise et cette faute étant appréciée au regard du standard de bon comportement du *bonus vir*, normalement prudent, diligent et de bonne foi.

30. A l'aube de ce siècle, une intéressante théorie doctrinale a été proposée afin de mieux comprendre le fondement du droit de la responsabilité pour faute et sans faute. Emmanuel Lévy, en droit français, a construit une première théorie dite du respect dû à la confiance légitime d'autrui, dont le principe de base était formulé comme suit : «(...) *d'une façon tout à fait générale : 1° les autres sont responsables envers nous dans la mesure où nous avons besoin d'avoir confiance en eux pour agir ; 2° dans la mesure où, pour agir, nous avons besoin d'avoir confiance en nous-mêmes, nous ne sommes pas responsables envers autrui ; Le rapport d'où naît l'obligation est un rapport de confiance nécessaire ; l'obligation qui la crée est une obligation qui crée la confiance ; et lorsque cette obligation est inexécutée, lorsqu'il y a confiance légitime trompée, il y a faute ; alors parce qu'il y a faute, il y a atteinte au droit d'autrui, il y a acte accompli sans droit*»⁴⁹. Il y a peu, cette théorie a été repensée et renouvelée par X. Dieux, qui a soutenu l'existence du principe général du respect dû aux anticipations légitimes d'autrui⁵⁰. Le Professeur Dieux écrit, notamment : «*La règle du jeu social, dont le droit assure le respect par le détour des articles 1382 et 1383 du Code civil, réside là, dans le respect des attentes des uns par rapport aux autres, légitimes parce que raisonnables et dotées à ce titre d'une perspective de réciprocité — inhérente à la correspondance avec le sens commun — qui commande l'adhésion, chacun étant en somme en droit de s'attendre à ce que les autres se comportent vis-à-vis de lui comme les autres s'attendraient à ce qu'il se comporte envers eux, dans un tel contexte déterminé (...). L'idée est exprimée avec pompe dans les travaux préparatoires du Code civil : "les engagements de cette espèce (c'est-à-dire ceux qui se forment sans convention) sont fondés sur ces grands principes de morale si profondément ancrés dans le cœur de tous les hommes, qu'il faut faire aux autres ce que nous désirerions qu'ils fissent pour nous dans les mêmes*

49. Cf. «Responsabilité et contrat», dans *Rev. Critique*, 1899, p. 361 et s.

50. Cf. *Les respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles et Paris, 1995.

*circonstances" (Exposé des motifs de Treilhard)»⁵¹. La pensée de X. Dieux se rapproche de celle de J. Van Rijn, pour qui le problème de la responsabilité requiert une délimitation des droits en présence. Nous trouvons notamment cette phrase-clé, énoncée par Van Ryn dès 1947 : «*Tout se remène, en somme, à savoir si l'auteur de l'acte dommageable avait le droit de compter que son adversaire aurait agi autrement*»⁵².*

31. Ces théories définissent la faute de façon objectiviste. Ce qui compte, c'est la délimitation des droits en présence, le calcul des pertes, comme l'écrira aussi De Page⁵³, la faute étant définie comme la lésion imposée au droit d'autrui. Et X. Dieux a pu écrire que le principe du respect dû aux anticipations légitimes d'autrui était la norme primaire du droit de la responsabilité, puisqu'il permettait d'expliquer les règles des articles 1382 et 1383 du Code civil, en quelque sorte les règles secondaires du droit de la responsabilité. Le Professeur Dieux écrit aussi que le principe du respect dû aux attentes légitimes d'autrui est un principe général du droit qui, mieux que le principe général de bonne foi, explique la mécanique fondamentale du droit de la responsabilité pour faute et sans faute.

Je suis quant à moi attaché à une définition plus subjectiviste du droit de la responsabilité, et de la faute en particulier, qui est une incohérence de la conscience objective. L'analyse d'E. Lévy et de X. Dieux laisse irrésolue la question de savoir pourquoi et en quoi il y a réellement faute d'un sujet de droit. Or, c'est à cette question, posée dans toute sa généralité, que répond le principe de bonne foi : ce n'est pas la seule confiance trompée d'autrui qui est le critère suffisant, et encore moins définitif, de la faute, c'est le fait que par son comportement fautif, un sujet de droit ait porté atteinte au principe de bonne foi objective qui s'impose entre sujets de droit. Ce n'est pas non plus le simple fait de tromper l'attente ou l'anticipation légitime d'autrui qui constitue une faute, mais un comportement contraire à ce que l'on peut attendre d'un *bonus vir*, normalement prudent, diligent et de bonne foi.

Coexistent, parmi d'autres, deux points de vue possibles, pour penser les fondements de la responsabilité et les notions de faute, soit celui qui insiste sur l'impact objectif de la faute sur la victime, et prend en compte sa légitime confiance trompée (on peut alors tendre

51. Cf. ouvrage cité, spéc. n° 72, in fine, p. 174, et réf. 494, p. 174.

52. Cf. note sous Bruxelles, 12 avril 1944, *R.C.J.B.*, 1947, spéc. p. 113, n° 6, et réf. à Demogue, Savatier et Josserand.

53. Cf. thèse, n° 356.

vers une définition de la faute en tant que lésion d'un intérêt légitime), soit celui qui insiste sur le point de vue de celui qui commet la faute et s'interroge afin de savoir en quoi ce dernier à lui-même commis une faute, en quoi il a violé tel ou tel devoir préexistant. Ce second point de vue a ma préférence. Il rejoint le travail de conscience qui me paraît nécessaire pour comprendre fondamentalement le droit de la responsabilité. En outre, la seule atteinte à l'expectative légitime d'autrui ne permet pas de définir la faute. Toutefois, cette théorie permet d'expliquer la composante de sécurité juridique du droit de la responsabilité. Par ailleurs, elle paraît beaucoup plus directement opérationnelle dans le droit de la responsabilité sans faute et assure une compréhension renouvelée de certaines théories, comme celle de l'apparence notamment⁵⁴.

32. Si on laisse se déployer le domaine de la bonne foi objective à base de faute, l'on voit apparaître et se structurer un grand nombre d'applications du concept, qui sont étudiées dans la thèse et sont illustrées par de très nombreux cas de jurisprudence.

33. Le principe d'exécution de bonne foi prescrit par l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, joue un rôle moteur et assure la réalisation de la fonction de loyauté du principe de bonne foi dans le contrat (ce qui comprend la formation de l'acte juridique, son exécution, son interprétation, ses modes d'anéantissement, etc.). La thèse s'attache à étudier toutes ces émanations de principe général de bonne foi, se réalisant dans le principe d'exécution de bonne foi — d'une certaine manière cristallisées en lui. Il est dès lors possible d'analyser tous les devoirs fiduciaires issus de la bonne foi dans le contrat, devoirs qui ont été⁵⁵, petit à petit, dégagés par la jurisprudence et la doctrine, par le droit de la consommation aussi : devoirs d'information et de conseil, devoir de prévenir les conflits d'intérêts à la naissance et dans l'exécution du contrat, devoir de modération contractuelle, etc., et la liste est longue et non close, tous ces devoirs étant complémentaires du contrat⁵⁶.

Le contrat apparaît réellement comme étant un microcosme dans lequel existe un intérêt réciproque des cocontractants à être de bonne foi. La thèse exprime l'idée que l'obligation de bonne foi due à autrui est contre-balancée logiquement par un droit à la bonne foi d'autrui, le tout faisant naître un intérêt pour les cocontractants à être

54. Au sujet de l'ensemble de ces questions et controverses, cf. thèse, n° 356 à 358.

55. Sont et seront encore.

56. Cf. thèse, n° 380 à 388.

de bonne foi, afin de promouvoir la sécurité juridique liée au contrat et sous le contrôle des cours et des tribunaux. La thèse évoque aussi les applications du principe de bonne foi en dehors du contrat⁵⁷.

34. Pourtant, la fonction de loyauté et de pondération n'est pas seule à donner corps à la bonne et la mauvaise foi objective à base de faute. Se concrétise aussi le domaine, souvent plus problématique, de la fonction restrictive de la bonne foi, qui concerne tous les comportements excessifs, contraires à l'intérêt d'autrui et qui se résolvent généralement par une limitation de l'exercice du droit, ou du droit lui-même. Le principe général de bonne foi donne ici naissance et se cristallise dans le principe général de l'abus de droit qui appartient au droit commun de la responsabilité extra-contractuelle et contractuelle⁵⁸.

35. Trois arrêts significatifs de la Cour de cassation, parmi beaucoup d'autres, montrent comment se réalise la genèse des principes, qui est encore en devenir :

— par son arrêt du 19 septembre 1983⁵⁹, la Cour de cassation a décidé, en matière contractuelle, que l'usage disproportionné d'un droit, dépassant les limites normales de ce droit dès lors qu'un préjudice disproportionné a été causé à autrui, en comparaison avec l'avantage retiré par celui qui use de son droit, constitue un abus qui est sanctionnable, non sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, mais en application du principe d'exécution de bonne foi «*consacré par l'article 1134, alinéa 3 du Code civil*» ; le principe d'exécution de bonne foi est donc un principe général du droit, autonome par rapport au droit écrit, et notamment consacré par l'article 1134, alinéa 3, du Code civil ;

— par son arrêt du 17 mai 1990, la Cour de cassation a décidé, d'une façon a priori restrictive, qu'«*(...) il n'existe pas de principe général du droit selon lequel un droit subjectif se trouve éteint ou en tout cas ne peut plus être invoqué lorsque son titulaire a adopté un comportement objectivement inconciliable avec ce droit, trompant la légitime confiance du débiteur et des tiers*»⁶⁰ ; la Cour poursuit cependant ainsi : «*L'article 1134, alinéa 3, du Code civil, consacre le principe de l'exécution de bonne foi des conventions ; (...) une partie ne viole ni cet article ni ce principe lorsqu'elle fait usage du droit*

57. Cf. n° 399.

58. A sujet de l'abus de droit, cf. thèse, n° 389 à 397.

59. Cf. *Pas.*, 1984, I, p. 55 et s. : cité *supra*, au n° 17, et réf.

60. Cf. *Pas.*, 1990, I, p. 1061 et s.

qu'elle trouve dans la convention légalement formée, sans qu'il soit établi qu'elle en a abusé»⁶¹ ; on voit a contrario qu'une ouverture tendant à appréhender à nouveau des comportements à l'origine de «rechtsverwerking» pourrait se réaliser dans le cadre de l'abus de droit, principe général du droit fondé sur le principe général de bonne foi⁶² ;

— et par son arrêt du 14 avril 1994⁶³, la Cour de cassation énonce, en matière d'imprévision, d'abord de façon restrictive, que : «*La règle de l'exécution de bonne foi n'implique pas que si des circonstances nouvelles et non prévues par les parties rendent l'exécution du contrat plus difficile pour le débiteur, le créancier ne puisse demander le paiement de sa créance*»⁶⁴, mais réserve ensuite la possibilité pour le juge du fond — ce qu'il n'avait pas fait en l'espèce — de constater: soit que l'exécution de l'obligation était devenue impossible en application de la théorie de la force majeure (1), soit que les parties avaient entendu, par leur convention, étendre la possibilité de révision à d'autres cas que ceux qui y étaient expressément prévus (2), soit enfin la possibilité qu'un abus de droit ait été commis par l'une ou l'autre des parties (3)⁶⁵.

36. L'on perçoit que l'univers du droit positif est aussi, en quelque sorte, en expansion, à l'instigation de la jurisprudence, et notamment de la Cour de cassation qui joue un rôle réellement positif dans la révélation des principes généraux du droit. Il n'est nullement exclu que de nouveaux critères particuliers de l'abus de droit — en tant que principe général du droit — apparaissent et se structurent, permettant d'appréhender les cas difficiles de la «*rechtsverwerking*», ou de l'imprévision, notamment, sous le contrôle de la Cour de cassation qui assure le processus de cristallisation de ces principes, c'est-à-dire d'expression des principes et de détermination tout à fait précise de leurs conditions d'application. Il est aussi possible que l'on applique plus simplement les critères de l'abus de droit déjà connus, comme celui de la disproportion.

37. Se pose également un délicat problème qui nous montre combien l'impératif de sécurité juridique est en jeu à chaque instant

61. *Ibidem*.

62. Cf. thèse, n° 390, et nombreuses réf.

63. Cf. *Bull. Cass.*, 1994, p. 365 : R.W., 1994-1995, p. 434 et 435 : et somm. en français dans *J.L.M.B.*, 1995, p. 1591.

64. *Ibidem*. Librement traduit du néerlandais par l'auteur.

65. A ce sujet, cf. thèse n° 395.3.

dans la tension qu'il entretient avec le principe général de bonne foi. Peut-on écrire, comme le propose le sommaire de l'important arrêt de la Cour de cassation du 21 septembre 1989, rendu en matière de caducité des contrats par disparition de leur objet et de leur cause postérieurement à la formation du contrat, que : «*Le principe d'exécution de bonne foi s'oppose à ce qu'une partie exige de l'autre l'exécution d'une disposition contractuelle devenue sans objet ou ayant perdu sa justification*»⁶⁶ ? Autrement dit, le simple fait de demander l'exécution d'un contrat caduc, ou dont l'économie contractuelle a été bouleversée, constitue-t-il, à soi seul, une faute tel un abus de droit ? La réponse ne peut être a priori positive. Il faut être scrupuleux dans l'application des principes et éviter d'ériger en fautes des comportements qui n'en sont sans doute pas. Songeons aussi au problème de l'apparence : le simple fait d'agir contre autrui, victime d'une situation apparente, est-il en soi constitutif de faute, alors que l'on n'a pas soi-même nécessairement commis de faute ? La réponse est aussi négative⁶⁷. En conséquence, plutôt que d'accepter de forcer le prescrit de la notion légale de faute, il est peut-être préférable de franchir le pas et d'accepter le développement d'un domaine de l'équité ou de la bonne foi objective sans faute.

Le domaine du principe général d'équité et de la bonne foi objective sans faute

38. Un sujet de droit n'a commis aucune faute, mais sa conscience d'homme de bien l'interpelle lorsqu'il voit qu'autrui subit un tort objectif qu'il ne voudrait pas lui-même subir, dans une situation où l'un et l'autre sujets de droit sont impliqués. L'on retrouve le travail de conscience lié à la bonne foi objective, c'est-à-dire à la relation de respect mutuel et réciproque avec autrui, le domaine considéré étant malgré tout spécifique, car il concerne plus particulièrement des cas où il s'agit d'opérer une balance d'intérêts en présence, de façon souvent purement quantitative, ou impliquant la prise en compte de la confiance légitime d'autrui. A ce stade du raisonnement et de l'évolution juridique, le principe général de bonne foi engendre à nouveau un principe général du droit que j'ai appelé celui de l'équité, au sens précis du terme, qui assure la résurgence

66. Cf. *Pas.*, 1990, I, p. 534 et s.

67. A ce sujet, cf. notre thèse, spéc. n° 394, et réf. aux travaux de P. A. FORIERS.

dans le droit positif, entre sujets de droit, de l'impératif de sécurité et de justice commutative d'origine aristotélicienne.

39. L'examen des notions et des institutions, proposé par la thèse, se déroule en cette matière de façon plus synthétique et exploratoire, parce qu'il y va d'un autre principe général du droit que celui de la bonne foi, techniquement parlant. Ce domaine est voué à se développer, sans doute de façon importante, dans les prochaines décennies. Dans ce cadre ont été distingués les mécanismes suivants, qui réalisent le domaine de la bonne et de la mauvaise foi objective sans faute ou de l'équité au sens strict⁶⁸.

En ce qui concerne la fonction équilibrante, a priori, de la bonne foi et de l'équité (balance statique d'intérêts en présence), sont à prendre en considération :

— des principes qui visent à réaliser la fonction équilibrante du rapport juridique, sans faute, en prescrivant un équilibre contractuel ou extra-contractuel de base ;

— des principes qui visent à réaliser la fonction équilibrante de la bonne foi objective sans faute en promouvant une interprétation objective et, le cas échéant, complétive de la volonté des parties.

Des principes sont ensuite liés à la fonction rééquilibrante, a posteriori, de la bonne foi objective sans faute :

— soit ces principes visent à réaliser la fonction rééquilibrante de la bonne foi objective sans faute par la compensation d'un enrichissement sans cause réalisé dans le chef d'un sujet de droit et découlant d'un appauvrissement subi par autrui : à nouveau, il s'est produit dans l'histoire du droit un processus d'expansion du principe général du droit requérant la bonne foi et d'apparition de sous-principes qui lui sont liés, ici dans le domaine de l'équité, suivi d'un mécanisme de restriction et de cristallisation des conditions précises de ces principes⁶⁹ ;

— soit des principes visent à compenser un déséquilibre pur et simple, sans qu'un enrichissement ne se soit véritablement produit au profit d'un sujet de droit : songeons à l'évolution remarquable qui est intervenue en matière de troubles de voisinage⁷⁰ ; une question du

68. Cf. thèse, n° 400 et s.

69. A ce sujet, cf. analyses dans la thèse, au n° 406, au départ de l'important arrêt de principe de la Cour de cassation, du 27 mai 1909 (*Pas.*, 1909, p. 272 et s.).

70. Cf. l'évolution jurisprudentielle fameuse intervenue depuis les arrêts du 6 avril 1960 : cf. thèse, n° 407 et s.

même type pourrait se poser en matière d'imprévision contractuelle, etc.

Se structurent enfin des principes qui gouvernent des situations de balance d'intérêts en présence, en raison d'une erreur légitime survenue dans le chef d'une partie ou d'un tiers, plus précisément à la suite d'une situation d'apparence qui a été créée : ici, le mécanisme le plus remarquable est celui de l'apparence sans base de faute qui s'est ajouté, d'une façon tout à fait frappante, au volet de l'apparence à base de faute, ce qui illustre une fois de plus le pouvoir créateur bien pesé de la Cour de cassation⁷¹. Ainsi se déploie encore l'arbre de la bonne foi par expansion, cristallisation et structuration de ses branches, dans l'ordre du droit positif.

CONCLUSION GÉNÉRALE

40. Pour conclure, une métaphore, une définition et une question sont livrées au lecteur.

La métaphore est celle de l'arbre, empruntée à Demogue : le principe général de bonne foi est comme un arbre puissant qui fonde et donne corps à des institutions essentielles du droit privé, ainsi que j'ai tenté de le démontrer. On peut avoir l'impression que le principe disparaît pour donner naissance et fonder toutes ces institutions juridiques qui deviennent autonomes sous la forme, le plus souvent, de principes généraux du droit. Si l'on voit l'arbre de haut, en vue aérienne, l'on perd de vue le tronc. D'une décennie à l'autre, l'on se rend difficilement compte de la croissance de l'arbre. Le principe général de bonne foi est pourtant à l'oeuvre et ce n'est ni une chimère ni l'Hydre de Lerne. Cet arbre de la bonne foi a par ailleurs essaimé pour donner naissance à un autre arbre qui est celui du principe général d'équité, autonome mais issu d'un même enracinement.

La définition proposée est celle de la bonne foi : la bonne foi est la concordance et la cohérence interne entre les pensées et les actes de l'homme de bien (*bonus vir*), tenu par sa conscience au respect mutuel, conjoint et équilibré, de sa personne et de la personne d'autrui. Il en découle une prise en compte, la plus équilibrée possible, de son intérêt propre et de l'intérêt d'autrui, de l'intérêt d'autrui et de son intérêt propre. Il n'est pas question de prôner le sacrifice ou

71. Cf. l'arrêt remarquable du 20 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1258 et s. A ce sujet, cf. thèse, n° 409.

l'angélisme ; il existe un intérêt et un droit à être de bonne foi pour soi-même et pour autrui.

Enfin, une question se pose, qui met en évidence une forme d'aporie de la bonne foi : est-il si évident que j'aie le devoir de respecter l'autre comme moi-même ? Pourquoi ma liberté individuelle ne me permettrait-elle pas, dans la réalité des rapports de force, de disposer d'autrui à mon profit et aux dépens de l'autre ? La question demeure en partie irrésolue. En d'autres termes, je ne pense évidemment pas que le principe éthique et juridique de non-contradiction s'impose nécessairement en raison, telle une vérité mathématique indiscutable. Nous sommes dans le domaine des valeurs et du droit. Personne ne détient la vérité. Du moins, le droit positif présente-t-il un immense avantage sur la philosophie et la morale, qui réside dans sa positivité précisément et sa force contraignante, et l'on a vu quelle portée déterminante, et encore en expansion, avait acquise le principe général de bonne foi en droit privé.

En finale, j'en reviens à cette citation de Simone Weill, puisée dans *«La pesanteur et la grâce»* et qui a été mise en exergue de ma thèse : toujours existe le *«devoir de comprendre et de peser le système de valeur d'autrui, avec le sien, sur la même balance. Forger la balance»*.