

Fautes, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences ¹

par Jean VAN ZUYLEN

Assistant aux Facultés Universitaires Saint-Louis

INTRODUCTION

Faute, bonne foi et abus de droit : trois concepts qui ont fait — et qui continuent à faire — couler beaucoup d'encre. Nul n'est censé ignorer la formule lapidaire de l'article 1382 du Code civil qui fixe les conditions de la responsabilité civile : «*Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*». Les rédacteurs du Code civil ont adopté une conception «moraliste» de la responsabilité aquilienne : celle-ci est fondée «*sur ces grands principes de morale si profondément gravés dans le cœur des hommes, qu'il faut faire aux autres ce que nous désirerions qu'ils fissent pour nous dans les mêmes circonstances, et que nous sommes tenus de réparer les torts et les dommages que nous avons pu causer* ²». La vision de la responsabilité civile, et principalement du critère de faute, a évidemment évolué sous impulsion prétorienne. Les diverses acceptions de la faute, défendues par la doctrine et la jurisprudence, reflètent la pluralité des visages que peut emprunter cette notion fondamentale.

De son côté, la figure de la bonne foi a connu un développement plus récent, mais non moins spectaculaire. La même remarque vaut pour l'abus de droit dont le sort est intimement lié à celui de la bonne foi. Nul ne soup-

¹ L'auteur tient chaleureusement à remercier son promoteur, le Professeur Denis Philippe, qui l'a orienté durant ses recherches et lui a prodigué de précieux conseils. Il tient également à remercier le Professeur Patrick Wéry (U.C.L.), le Professeur Isabelle Durant (U.C.L.), le Professeur Thierry Léonard (F.U.S.L.) et Michael Houbben (U.C.L.) pour leur oreille bienveillante et leur érudition qui ont indéniablement contribué à nourrir la réflexion. La présente contribution reproduit, sous réserve de certaines adaptations, le contenu du mémoire de fin d'étude présenté à l'U.C.L. et lauréat du prix Falys lors de l'année académique 2009-2010.

² LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. VI, Bruxelles, Libr. Jur., 1836, p. 275, n° 5, cité par B. DUBUISSON, «Libres propos sur la faute aquilienne», in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, De Boeck-Larcier, 2003, p. 127.

connait, en 1804, que le texte de l'article 1134, al. 3 du Code civil, selon lequel les conventions «*doivent être exécutées de bonne foi*», allait connaître une telle destinée. C'était d'ailleurs l'alinéa premier de ladite disposition, stipulant que «*les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*», qui tenait le haut du pavé. Et pourtant... le principe d'exécution de bonne foi et le concept d'abus de droit ont fait l'objet ces dernières années d'une foisonnante littérature doctrinale : de nombreuses thèses y ont été consacrées ³.

Bien que la matière soit déjà abondamment commentée, nous proposons d'investiguer ce large champ du droit civil dans une optique de comparaison des différentes notions. Nous tenterons de mettre en évidence l'un ou l'autre élément fédérateur, de convergence entre les concepts étudiés, tout en soulignant certains facteurs de divergence. Nous pouvons esquisser deux fortes tendances prétorienne en ce qui concerne l'appréhension des idées de faute, de bonne foi et d'abus de droit. La première tend à amalgamer les diverses notions : il n'est pas rare de trouver des décisions de jurisprudence qui recourent, indistinctement, à la notion de faute, de bonne foi ou d'abus de droit, pour résoudre un litige en matière précontractuelle. À l'inverse, maints auteurs s'efforcent de distinguer — parfois très vigoureusement — les trois concepts. Nous aspirons dès lors à dégager une «troisième voie» — dialectique — qui tient compte des divers arguments en présence, et qui permet, à tout le moins, de comprendre ou de révéler — sous un nouveau jour — les critiques et objections formulées par les partisans de l'une ou de l'autre thèse. Il s'agit, en somme, de faire la lumière sur les conditions, l'objet, les implications du triptyque étudié. Les trois notions visent-elles la même réalité? En cas de réponse affirmative à cette question, il conviendra de montrer que le résultat peut s'avérer différent en fonction du concept invoqué.

Les développements consacrés à la matière étudiée sont essentiellement de source prétorienne. Avant de procéder aux comparaisons proprement dites, il est bien entendu nécessaire d'exposer les enseignements actuels que livre une doctrine majoritaire. Nous nous attacherons néanmoins à nuancer, à relativiser les «catégories juridiques» traditionnellement utilisées. La distinction entre certaines fonctions de la bonne foi n'est-elle pas poreuse?

³ M.-E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de contractuele schulvorderingen*, Thèse K.U.L., Bruxelles, Story-Scientia, 1990, 544 p.; J.-F. ROMAIN, *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)*, Coll. Fac. Dr. U.L.B., Bruxelles, Bruylant, 2000, 1023 p.; TH. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, 895 p. Voy. aussi X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui — Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 1995, 284 p.

L'abus de droit, en pleine expansion, est amené à border de nouveaux rivages, ceux, par exemple, de l'imprévision, de la *rechtsverwerking*, qui, jusqu'alors, en tant que concepts rattachés au principe général de bonne foi, étaient inaccessibles. Loin d'être en vase clos, la bonne foi semble communiquer avec l'abus de droit. Par ailleurs, le contrôle dit «marginal» inhérent à la théorie de l'abus de droit est-il foncièrement distinct d'un contrôle «complet» auquel est sujette la faute? Les définitions du concept de faute, variables au fil du temps, ne présentent-elles pas des accointances avec les notions de bonne foi, d'abus de droit? Ces interrogations laissent présager une remise en question des «catégories» établies. Notre travail flirte d'une part avec la théorie du droit en ce sens qu'il se nourrit de réflexions «conceptuelles» indispensables à l'objectif de comparaison qui nous anime. D'autre part, cette contribution requiert une certaine forme de pragmatisme afin d'illustrer de manière concrète les propos plus théoriques. En outre, l'attention que nous avons portée au droit comparé (essentiellement les Pays-Bas) ainsi qu'au droit européen enrichit, sans aucun doute, le dessein de comparaison que nous nous assignons.

Il est bien entendu impossible dans le cadre — limité — d'un tel article de prétendre à une quelconque exhaustivité. Vu l'ampleur du sujet de la présente étude, nous nous sommes essentiellement attachés à présenter les éléments pertinents de chacun des concepts étudiés en vue de les comparer. Nous nous permettons d'avertir le lecteur de ce que l'œuvre de comparaison nécessite certains rappels qui revêtent l'avantage de cerner, de manière plus aisée, les rouages de l'argumentation, et qui facilitent le suivi ainsi que la compréhension de notre opinion.

Au vu de ce qui précède, nous avons décidé de procéder, dans un premier temps, à l'explicitation des différentes notions : bonne foi, abus de droit et faute. Nous tâcherons d'exposer les acceptions de ces trois figures théoriques ainsi que la place occupée par chacune d'elles. L'approche comparative nous amènera en outre à développer l'une ou l'autre question plus originale ou à mettre en exergue certains aspects spécifiques de chaque concept (**Titre I**). Ensuite, il conviendra de se livrer à la comparaison proprement dite : d'une part, les convergences et divergences entre faute et bonne foi seront abordées (**Titre II, Chapitre 1**); d'autre part, nous analyserons la relation ambivalente entre faute et abus de droit à l'aune de la distinction entre contrôle complet et contrôle marginal (**Titre II, Chapitre 2**). Dans un troisième temps, la comparaison se poursuivra par l'examen de l'équivalence — posée par la Cour de cassation — entre la fonction restrictive de la bonne foi et l'abus de droit (**Titre III, Chapitre 1**). Après une présentation de la manière dont le critère de proportionnalité est reçu par la doctrine et la jurisprudence, nous nous demanderons si la nouvelle dimension

que l'on pourrait conférer à ce dernier n'est pas susceptible de déboucher sur l'élaboration d'une nouvelle méthode de résolution des situations d'abus de droit (**Titre III, Chapitre 2**). Enfin, nous nous consacrerons succinctement aux sanctions qui sont attachées au triptyque étudié (**Titre IV**).

TITRE I. — DESCRIPTION DES CONCEPTS

Chapitre 1. — La bonne foi

Section 1. — Conceptions et délimitation du principe de bonne foi

1. Il est possible de dégager de la bonne foi deux acceptions — l'une objective, l'autre subjective — qu'il convient de ne pas confondre. Nous examinerons la bonne foi entendue dans un sens objectif, c'est-à-dire en ce qu'elle permet de caractériser des normes objectives de comportement⁴. Sous cet angle, la bonne foi constitue un concept ouvert qui se «*prêterait mal à une définition légale, laquelle au surplus ferait obstacle à sa malléabilité*⁵». Divers critères sont dès lors avancés par la doctrine afin de préciser la signification de la notion de bonne foi. Certains commentateurs qualifient le comportement de bonne foi à l'aide des adjectifs suivants : fidèle, honnête, loyal, correct, raisonnable, respectable, prudent, équitable, ...⁶. Selon d'autres auteurs, les obligations qui naissent de la bonne foi constituent des exigences découlant des relations sociales⁷. Selon une troisième conception, inspirée par le droit des Pays-Bas, la bonne foi est définie par les exigences de la raison et de l'équité

⁴ Voy. P. VAN OMMESELAGHE, «La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique», in *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 891-892. Pour cet auteur, la bonne foi au sens subjectif du terme fait référence à un état d'esprit, dans le chef d'un sujet de droit et est liée à l'application technique de diverses institutions du Code civil (cf. les art. 549 et 550; 1141 et 2279; 1378; 1690 et 1691; 2265 et 2268). Le Professeur J.-F. ROMAIN propose de distinguer les comportements révélateurs d'une intention dommageable et relevant de la mauvaise foi *subjective* à base de faute intentionnelle et de fraude, les comportements objectivement définis à l'aune du standard de bon comportement du «*bonus vir*» qui relèvent de la bonne et de la mauvaise foi *objective*, à base de faute, et enfin les comportements relevant de la sphère de la bonne et de la mauvaise foi *objective*, sans base de faute, ou de l'équité au sens large (voy. *Théorie critique du principe de bonne foi en droit privé*, (thèse, op. cit.), pp. 179 et s., n° 94).

⁵ S. DAVID-CONSTANT, «La bonne foi : une mer sans rivages», in *La bonne foi*, éd. du Jeune Barreau de Liège, 1990, p. 12.

⁶ S. DAVID-CONSTANT, «Des vivants et des morts dans le droit des obligations», *J.T.*, 1977, p. 651; Ph. MARCHANDISE, «La libre négociation — Droits et obligations des négociateurs», *J.T.*, 1987, p. 624, n° 14; L. CORNELIS, «La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté», in *La bonne foi*, éd. Jeune barreau de Liège, 1990, p. 34, n° 15.

⁷ Voy. L. CORNELIS, *ibidem*, pp. 35 et s.

(«*redelijkheid*» et «*billijkheid*») ⁸. Enfin, une autre tentative de définition de la notion consiste en une énumération exemplative des obligations que la bonne foi fait naître : obligation de collaboration, d'information, de modération, de loyauté, d'assistance, ... ⁹. En d'autres termes, la bonne foi introduit de nouvelles règles de comportement — à connotation morale — en vue d'obtenir des solutions plus loyales, plus équitables, plus raisonnables.

Le projet de Cadre Commun de référence (D.C.F.R. ¹⁰) appréhende la notion de bonne foi comme «[...] *un comportement caractérisé par l'honnêteté, la franchise et la prise en considération des intérêts de l'autre partie à la transaction ou à la relation en question*» ¹¹.

Les normes déduites du principe de bonne foi viennent corriger la rigueur contractuelle en écartant, complétant ou modifiant les règles juridiques applicables entre parties. Les exigences de comportement édictées par la bonne foi (art. 1134, al. 3 C. civ.) peuvent par conséquent être appelées à compléter et/ou primer sur des règles juridiques issues de l'autonomie de la volonté (art. 1134, al. 1 C. civ.). La rigueur contractuelle ne peut cependant pas être tempérée par des considérations — de bonne foi — générales et abstraites dès lors que le juge doit confronter «*l'exécution de bonne foi de*

⁸ Cf. Le livre 6 du nouveau Code civil néerlandais (N.B.W.) et plus spécialement l'article 2, al. 1 qui stipule que «*Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van de redelijkheid en billijkheid*» et l'article 248, al. 1 en vertu duquel «*Een overeenkomst heeft niet alleen de door de partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien*» (compar. avec l'art. 1135 C. civ. Belge). Ces deux dispositions constituent le fondement de la fonction complétive de la bonne foi (pour ces notions, cf. *infra*, n° 6-10). La fonction limitative de la bonne foi est basée sur l'article 248, al. 2 du N.B.W. : «*Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn* (nous soulignons)». Cette formulation semble faire écho — moyennant quelques particularités — au critère générique de l'abus de droit que nous connaissons en droit belge (cf. *infra*, n° 17). Cons. J.M.M. MAEIJER, «De goede trouw of de redelijkheid en billijkheid», *T.P.R.*, 1991, pp. 5-29 et F. BAERT, «De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomst», *R.W.*, 1956-1957, pp. 495-496 et 507-510.

⁹ J.-L. FAGNART, «L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion», note sous Cass., 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 295-308.

¹⁰ Le Cadre commun de référence a pour objectif d'accroître la cohérence entre les règles des différents Etats membres en matière de droit des contrats. Le projet est porté par des groupes de travail composés d'experts et d'académiciens spécialisés en droit privé, en droit comparé ainsi qu'en droit européen. Le texte n'a pas encore été coulé dans un instrument contraignant. Il est peu probable, à l'heure actuelle, que le D.C.F.R. débouche sur une codification européenne. Les règles qui y sont retenues constituent néanmoins une «boîte à outils» permettant d'évaluer notre système juridique.

¹¹ D.C.F.R., art. 1:103 du Livre I; voy. X, «Traduction française des trois premiers livres du DCFR réalisée avec le soutien de la Fondation pour le droit continental», *Revue des contrats*, 2010/1, pp. 216-306. Cons. le texte outline (en anglais) à l'adresse suivante : http://webh01.ua.ac.be/storme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf.

la convention à des faits concrets»^{12 13}. D'ailleurs, le D.C.F.R. ancre la notion de bonne foi dans un cadre éminemment concret puisqu'il définit la bonne foi par référence aux *intérêts de l'autre partie* à la relation juridique en question¹⁴.

2. En somme, l'impératif de bonne foi incarne les valeurs d'honnêteté, de loyauté et consacre le «*principe de la confiance*»¹⁵ dont l'application et le respect sont particulièrement requis en matière contractuelle et commerciale. Dans la concrétisation de ce principe, il faut se placer du point de vue du destinataire des manifestations de volonté afin d'interpréter, compléter et/ou corriger celles-ci dans le sens que ce destinataire — et non un individu quelconque «*abstrait*» — pouvait et devait raisonnablement lui donner¹⁶. Afin d'apprécier un éventuel manquement aux règles de la bonne foi, il doit être tenu compte de toutes les circonstances de fait¹⁷. En raison de la connotation morale véhiculée par la bonne foi, il apparaît à ce stade que ce concept est amené à réguler les liens juridiques d'une manière bien particulière et non de façon purement équivalente au contrôle de responsabilité basée sur la faute. Il conviendra, par la suite, d'analyser les divergences et complémentarités entre faute et bonne foi¹⁸, notamment en ce qui concerne

¹² Cass., 21 février 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1458. En l'espèce, la Cour casse un jugement qui avait réduit le montant d'une clause pénale en vertu du pouvoir modérateur tiré du principe de bonne foi, et reproche au juge du fond de ne pas avoir vérifié concrètement, à la lumière des circonstances de l'espèce, si une partie avait violé le principe de bonne foi et abusé de son droit.

¹³ M.-E. STORME, *De invloed... (thèse, op. cit.)*, p. 14, n° 15: «*Alle verhoudingen die door deze goede trouw beheerst worden dienen daarbij mede aan de hand van nog niet tot rechtsregels verheven waarderungen, dit is aan de hand van de 'omstandigheden van het geval' te worden uitgelegd. [...] In het geding van een door de goede trouw [...] beheerste partijverhouding moet niet de regel, maar het geval tot zijn recht komen*» (nous soulignons). Ainsi, pour l'auteur, la bonne foi opère de l'intérieur, c'est-à-dire au départ des circonstances bien particulières de l'espèce: l'aptitude des normes (issues du principe de bonne foi) à corriger la loi contractuelle «*hangt af van het ter zake doen van de gelijkenis van het te beoordelen geval met de 'sprekende' gevallen waarin reeds gebleken is dat de norm werkt*».

¹⁴ D.C.F.R., art. 1:103 du Livre I (précité).

¹⁵ P. TERCIER, *Le droit des obligations*, Schutlthess Polygraphischer, Zurich, 1996, p. 79, n°s 408-409.

¹⁶ P. GAUCH, W.R. SCHLUEP et P. TERCIER, *La partie générale du droit des obligations (sans la responsabilité civile)*, t. I, 2^e éd., Schutlthess, Zurich, 1982, p. 39, n°s 195-196. Compar. avec le critère du «*bon père de famille*» qui prévaut en matière de faute.

¹⁷ Voy. H.R., 19 mai 1967, *Saladin c. HBU, N.J.*, 1967, n° 261, p. 45, note G.J. SCHOLTEN. Pour vérifier la validité d'une clause d'exonération de responsabilité, la Cour prend en considération diverses circonstances de fait telles la manière dont la clause a été élaborée, les raisons justifiant son insertion dans le contrat, la position des parties, etc.; *adde* D. PHILIPPE, «*De rechter en de bepaling van de inhoud van de overeenkomst*», in *De overeenkomst vandaag en morgen*, XVI^e Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1989-1990, Anvers, Kluwer, 1990, p. 552.

¹⁸ Cf. *infra*, n° 25.

la nature du contrôle — complet ou marginal — que chaque notion implique, ainsi qu'au niveau des sanctions ¹⁹.

3. Nonobstant le libellé de l'article 1134, al. 3 du Code civil, le principe de bonne foi ne concerne pas uniquement l'exécution des obligations conventionnelles, mais couvre en réalité l'ensemble des obligations et irrigue ainsi d'autres domaines que le strict périmètre contractuel : le principe de bonne foi connaît des applications en matière de responsabilité civile extracontractuelle, dans le cadre des relations précontractuelles, en matière judiciaire ²⁰. La bonne foi connaît une ampleur telle que certains auteurs et juges de fond ²¹ estiment qu'elle constitue un principe général de droit. Un tel principe n'a cependant pas encore été, à ce jour, consacré par la Cour de cassation.

Section 2. — Les fonctions de la bonne foi

4. L'article 1134, al. 3 du Code civil était, durant le dix-neuvième siècle, dans un état de léthargie profonde. D'aucuns n'y voyaient qu'un principe d'interprétation des conventions faisant double emploi avec l'article 1156 du Code civil. La belle dormeuse allait se transformer en fée ²², grâce à l'étude de René Demogue qui, dans son *traité des obligations en général*, a fait sortir de la bonne foi des «nouveaux rameaux ²³». En 1956, F. Baert, épousant la conception de Demogue, systématise les fonctions qui peuvent être assignées à la bonne foi ²⁴. À partir des années quatre-vingt, celle-ci va connaître un essor exceptionnel au point de devenir «*un nouveau centre de gravité de droit des contrats* ²⁵». La bonne foi se manifeste par diverses fonctions ²⁶; elle occupe par ailleurs une place prégnante en droit des

¹⁹ Pour la nature du contrôle, cf. *infra*, n° 29; pour les sanctions, cf. *infra*, n° 44.

²⁰ P. VAN OMMESLAGHE, «L'exécution de bonne foi, principe général de droit?», *R.G.D.C.*, 1987, pp. 105-106, n° 11 (phase précontractuelle) et 12 (responsabilité extracontractuelle).

²¹ Liège, 9 octobre 1991, *J.T.*, 1992, p. 130 : «(...) L'obligation d'agir de bonne foi dépasse les domaines contractuels et précontractuels; [qu'il s'agit d'] une règle de bon comportement qui s'impose à tous, d'un véritable principe général de droit»; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *Introduction — Sources des obligations (1^{ère} partie)*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 173-175, n° 96.

²² Pour reprendre l'expression de F. BAERT, «De goede trouw: van schone slaapster tot toeverfee», *R.W.*, 1989-1990, p. 1479.

²³ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, Paris, Rousseau, 1931, p. 9. Voy. également J. PERILLEUX, «Rapport belge — La bonne foi dans l'exécution du contrat», in *La bonne foi — Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLIII, Paris, Litec, 1992, pp. 240-242.

²⁴ F. BAERT, *op. cit.*, *R.W.*, 1956-1957, pp. 490 et s.

²⁵ X. DIEUX, «Tendances générales du droit contemporain des obligations, 'réformes et contre réformes'», in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. J.B.B., 2000, p. 6.

²⁶ Voy. l'analyse approfondie de J. BAECK, «Gevolgen tussen partijen», in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, 2006, 111 p. (www.jura.be).

contrats où elle irrigue chacune des étapes de la convention : de sa négociation à sa disparition.

§ 1. La fonction interprétative

5. Nous ne nous attarderons pas trop sur cette fonction interprétative qualifiée par certains de «délaisée»²⁷. Celle-ci impose au juge de rechercher l'intention réelle des parties : le contrat doit être exécuté conformément à son esprit et non selon sa lettre. D'autres auteurs²⁸ prônent une fonction interprétative plus créative qui conférerait au juge un rôle d'interprétation normative. En vertu de ce principe, le magistrat ne se bornerait plus seulement à rechercher la commune intention des parties, mais il lui incomberait également de préciser la portée des obligations contractuelles et de rechercher «*ce que les parties ont voulu réellement en bonne foi [...], eu égard au contenu de la convention, à son esprit et aux objectifs poursuivis par celle-ci*»²⁹. Cette conception, qui ne fait pas l'unanimité³⁰, promeut le rapprochement des fonctions interprétative et supplétive de la bonne foi, la première subissant «l'influence normative»³¹ de la seconde.

§ 2. La fonction complétive (de «aanvullende functie»)

2.1. Origine et rôle de la fonction complétive

6. En tant que norme de comportement, la bonne foi a un effet complétif ou supplétif dans l'exécution de la convention. Cette fonction permet au juge d'imposer aux parties contractantes des obligations additionnelles — positives et négatives —, bien que celles-ci, non prévues ou même non souhaitées par les parties, ne soient ni mentionnées dans le contrat, ni incorporées dans ce dernier par les suites que l'usage et la loi donnent à l'obligation d'après sa nature³². Cette fonction de la bonne foi trouve son fondement dans la théorie du «*microcosme contractuel*» de Demogue. Par-

²⁷ S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «Chronique de jurisprudence — les obligations : les sources (1985-1995)», *J.T.*, 1996, p. 702, n° 34.

²⁸ M.-E. STORME, *De invloed van de goede trouw* (thèse, *op. cit.*), p. 116; W. DE BONDT, «Uitlegging van overeenkomsten naar de geest : mogelijkheden, grenzen en alternatieven», *R.W.*, 1996-1997, pp. 1012-1014. Ces auteurs trouvent confirmation de leur doctrine dans les arrêts suivants : Cass., 7 janvier 1966, *R.W.*, 1965-66, col. 1845; Cass., 24 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1052.

²⁹ J.-F. ROMAIN, «Le principe de la convention-loi (portées et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel», in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du J.B.B., 2000, p. 94.

³⁰ P. WÉRY, *Droit des obligations*, Vol. 1, *Théorie générale des contrats*, Précis de la Fac. Dr. de l'U.C.L., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 125-126, n° 112.

³¹ S. STIJNS, «Abus, mais de quel(s) droit(s)?», *J.T.*, 1990, p. 35, n° 1.2.1.

³² C. civ., art. 1135; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «chronique», *J.T.*, 1996, p. 702.

tant de l'idée que *«les contractants forment une sorte de microcosme»*, c'est-à-dire *«une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale»³³*, l'auteur en déduit que créanciers et débiteurs se doivent mutuellement la loyauté et la collaboration nécessaire à la bonne fin du contrat. Ces obligations de loyauté et collaboration ne se rattachent donc pas à la volonté — même implicite — des parties, mais viennent s'ajouter aux obligations nées du contrat. On les fonde sur une idée de solidarité entre parties à la convention qui, selon une bonne partie de la doctrine, se trouve confirmée par l'article 1135 du Code civil ³⁴. *«En conséquence, les obligations s'exécutent conformément à l'intention des parties et au but en vue duquel elles ont été formées, ainsi qu'aux règles qu'implique une conduite honnête et loyale»³⁵.*

7. D'après certains commentateurs ³⁶, il est possible de dégager des écrits de Demogue diverses implications — outre le devoir de collaboration — du principe d'exécution de bonne foi.

Tout d'abord, du principe d'exécution de bonne foi, Demogue déduit l'idée qu'il convient d'apprécier l'exécution d'une obligation contractuelle en tenant compte du but de cette obligation entre parties. Le débiteur serait ainsi tenu de faire en sorte que le but inhérent à son obligation soit atteint.

Par ailleurs, selon J.-F. Romain, Demogue met en relation le principe d'exécution de bonne foi énoncé à l'article 1134, al. 3 du Code civil, et l'obligation de diligence qui s'impose au débiteur dans l'exécution du contrat : *«Il faut généraliser le principe de l'article 1135 du Code civil et tout débiteur doit, dans l'exécution de l'obligation, se conduire en bon père*

³³ R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 9.

³⁴ *«Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature»*. Il est frappant de constater que dans cet article 1135, il n'est pas fait référence à la «bonne foi», mais à l'«équité» ou, selon l'expression néerlandophone, à la *«billijkheid»*. La doctrine admet néanmoins que le concept «équité» revêt la même portée que la notion de bonne foi ou, du moins constitue une application de l'article 1134, al. 3 du Code civil (cf. en ce sens F. VERMANDER, «De aanvullende werking van het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van contracten in de 21^{ste} eeuw : inburgering in de rechtspraak, weerspiegeling in de wetgeving en sanctionering», note sous Mons, 2 juin 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 577).

³⁵ R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 9 (Nous soulignons); comp. W. DE BONDT, «Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht», *T.P.R.*, 1984, p. 112 : *«Enerzijds rusten op partijen een aantal rechtsplichten die hun oorsprong vinden in de goede trouw [...]: partijen dienen, niettegenstaande de overeenkomst daarvan geen melding maakt [...] alle gedragingen te stellen (of na te laten), die een loyaal contractant, geplaatst in dezelfde concrete situatie als schuldenaar of schuldeiser zou gesteld (of nagelaten) hebben»* (nous soulignons).

³⁶ Voy la thèse de J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, pp. 151-160.

de famille. *Ceci découle de l'obligation générale d'exécuter en bonne foi, issue de l'article 1134. [...] L'obligation générale de diligence qui s'imposerait en matière contractuelle est déduite du principe de bonne foi, et non l'inverse*»³⁷.

Enfin, Demogue semble lier l'obligation de collaboration à l'idée selon laquelle les parties doivent s'abstenir de *tout abus de leurs droits* contractuels, ces derniers étant à utiliser avec mesure. Ainsi le contractant ne peut abuser de son droit, c'est-à-dire, selon l'auteur, s'en servir uniquement pour nuire, ou choisir une utilité du droit seulement parce qu'elle est nuisible³⁸. Les critères de l'abus de droit précisés par Demogue ne renvoient qu'à la bonne foi entendue dans un sens subjectif et ne correspondent «*qu'à l'état premier de la théorie [de l'abus de droit]*»³⁹.

Demogue est loin de faire l'unanimité lorsqu'il écrit sur la bonne foi. D'aucuns souligneront que les écrits de cet auteur tendent à un enthousiasme outrancier pour le principe de bonne foi⁴⁰. Néanmoins, la dimension de solidarité, telle que déclinée en ses différents aspects, présentée par Demogue nous semble toujours vivace actuellement et fonde bien des devoirs dévolus à la fonction complétive de la bonne foi. Par ailleurs, le lien tissé par l'auteur entre l'obligation de collaboration et l'interdiction de l'abus de droit — certes entendu dans un sens étroit — fait référence à un débat très actuel.

2.2. Les devoirs déduits de la fonction complétive

8. Il est très largement admis, dans la doctrine et la jurisprudence, que la fonction complétive de la bonne foi impose aux parties un triple devoir de loyauté, de collaboration et de modération, en vue de la bonne fin du contrat⁴¹. De ces devoirs naissent diverses obligations qui viennent accroître celles nées de la convention⁴². Pour déterminer les obligations que

³⁷ J.-F. ROMAIN, *ibidem*, p. 157, n° 86.5 (nous soulignons).

³⁸ R. DEMOGUE, *op. cit.*, pp. 28-29, n° 23.

³⁹ J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 159, n° 87.

⁴⁰ CARBONNIER, *Théorie des obligations*, n° 134, cité par J.-L. FAGNART, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 295-308 : «*Il n'appartient pas aux juristes de sanctionner, au nom de l'abus, un usage avaricieux et peu libéral du droit [...]. L'exercice à des fins personnelles d'un droit à esprit égoïste est dans la ligne normale [...]. La notion d'abus n'a jamais été jusqu'à englober le défaut d'altruisme*».

⁴¹ L. CORNELIS, «*Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw? Kritische bedenkingen m.b.t. redelijkheid en billijkheid, de schijn- en de vertrouwensleer, de rechtsverwerking, het rechtsmisbruik en het gelijkheidsbeginsel*», in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Mys & Breesch, 1993, p. 14; J.-L. FAGNART, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 295-308.

⁴² À titre d'exemples : l'obligation d'information, de renseignement, de conseil, l'obligation pour la partie lésée de restreindre le dommage, l'obligation de faciliter ou de ne pas rendre plus

créancier et débiteur sont tenus d'assumer, il est fait référence aux devoirs qu'un contractant raisonnable et prudent aurait pris à sa charge s'il s'était trouvé dans la même situation, ou, selon une autre formule, aux exigences de la bonne foi déterminées en fonction des circonstances de fait, des besoins concrets et des jugements de valeur sociaux⁴³. Dans l'appréciation de ces normes de comportement ou — selon l'expression de certains auteurs — de ces «charges⁴⁴», il faut toujours tenir compte des circonstances de l'espèce et notamment des relations réciproques des parties, de leur degré de compétence, des conditions dans lesquelles la convention est conclue⁴⁵,...

Nous suggérons d'examiner les devoirs de loyauté et de collaboration d'une part (A), et le devoir de modération d'autre part (B). La présentation d'un exposé exhaustif de la question sortirait du cadre de la présente étude. Nous nous limiterons, dès lors, à un examen de certains éléments jugés pertinents pour la comparaison des notions analysées dans notre travail.

A. Les devoirs de loyauté et de collaboration

9. «*La solidarité qui établit, en vue de l'utilité sociale, les liens contractuels, défend à chacune des parties de se désintéresser de l'autre. Toutes deux doivent, mutuellement et loyalement, se fournir tout l'appui nécessaire pour conduire le contrat à bonne fin. On ne se retranche pas dans son égoïsme*»⁴⁶. Cette formule ne provient pas des écrits de Demogue — bien qu'elle le pût parfaitement — mais de l'illustre Henri De Page. La jurisprudence a suivi : «*Des relations contractuelles loyales ne sont possibles que si chacun des cocontractants fait preuve d'un souci constant des intérêts de l'autre*»⁴⁷. Plus récemment, la Cour d'appel de Bruxelles a affirmé, dans un arrêt concernant l'obligation d'information et de conseil, que «*le principe de bonne foi contient l'idée d'une relation de nature éthique d'abord, juridique ensuite,*

pénible l'exécution de l'obligation du débiteur, interdiction de tout comportement qui empêcherait l'autre partie de retirer le bénéfice normal du contrat, collaboration à l'administration de la preuve (voy. S. STIJNS, *op. cit.*, J.T., 1990, p. 35). Cf. J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, pp. 838-840, n° 2.1.1. à 2.1.9.

⁴³ L. CORNELIS, *op. cit.*, in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, l.c., 1993, p. 14 : «*Wanneer het erop aankomt te bepalen hoe die aanvullende verplichtingen in concreto te verklaren, wordt door de meerderheid verwezen naar het criterium van de normaal voorzichtige en redelijke mens die in dezelfde feitelijke omstandigheden is geplaatst* of naar de eisen bepaald door de actuele feitelijke omstandigheden, de maatschappelijke (en persoonlijke) behoeften (belangen) en de maatschappelijke waardeoordelen» (nous soulignons).

⁴⁴ M.-E. STORME, *De invloed van de goede trouw* (thèse, *op. cit.*), 544 p.

⁴⁵ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, l.c., 2001, p. 895.

⁴⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 461, n° 469.

⁴⁷ Comm. Liège, 24 mars 1961, *J.P.A.*, 1961, p. 329.

*entre sujets de droit et impose, dans une certaine mesure, la prise en considération de l'intérêt de chaque partie au contrat dans les faits et actes juridiques posés, de manière à ce qu'il ne soit pas porté atteinte de manière fautive et illégitime à ses intérêts»*⁴⁸. Un arrêt de la Cour d'appel de Mons rappelle que la solidarité défend à chaque partie de se désintéresser de l'autre et leur impose une collaboration loyale. En l'espèce, un entrepreneur principal n'est pas fondé, pour retenir une garantie contractuelle d'un sous-traitant, à se prévaloir de l'absence de réception définitive de l'ensemble du marché par le maître de l'ouvrage dans la mesure où les raisons de cette «non-réception» sont étrangères au sous-traitant, mais sont la conséquence du fait personnel de l'entrepreneur principal. En effet, cette solidarité entre entrepreneur principal et sous-traitant requiert que «*le créancier de l'obligation s'abstienne de tout acte ou omission susceptible de rendre plus lourde ou plus onéreuse la situation du débiteur*»⁴⁹. L'on a vu en effet que la loyauté s'apprécie en considérant la bonne fin du contrat : en d'autres termes, il est interdit aux parties d'adopter une attitude qui a pour effet de vider le contrat de la plus grande partie de sa substance^{50 51}.

L'obligation de solidarité et de loyauté est également requise lorsqu'il est mis fin à un contrat et que l'une des parties met en œuvre une sanction contractuelle (clause résolutoire expresse, clause pénale,...) : «*C'est en particulier — mais non exclusivement — au créancier, victime de l'inexécution par son débiteur, qu'incombe, dès lors l'obligation de déterminer son comportement en tenant compte des intérêts légitimes de son cocontractant*»⁵². Cette légitimité des intérêts d'autrui doit être appréciée en fonction de la gravité des manquements reprochés : «*un manquement grave et délibéré à*

⁴⁸ Bruxelles, 23 janvier 2004, 1998/AR/2190, www.juridat.be (nous soulignons) : l'expression «dans une certaine mesure» tient compte, selon nous, des critiques, évoquées *supra* (note 40), notamment par CARBONNIER, qui tendaient à affirmer que le contrat n'est pas une «œuvre de philanthropie».

⁴⁹ Mons, 17 décembre 1991, *R.R.D.*, 1992, p. 49. Voy. P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 177, n° 99 : au titre du devoir de collaboration, chacune des parties doit «accomplir les actes et adopter les attitudes qui permettent à l'autre partie de respecter ses engagements»; ce devoir est souvent lié à l'obligation d'information : cf. notamment Cass., 22 juin 1978, *R.C.J.B.*, 1980, p. 322, note P. DELVAUX.

⁵⁰ S. DUFRENE, obs. sous Cass., 19 septembre 1983, *J.T.*, 1985, p. 58.

⁵¹ J.-L. FAGNART, op. cit., *R.C.J.B.*, 1986, p. 297 : «un comportement loyal implique que chaque contractant s'abstienne de toute attitude qui pourrait soit priver l'autre partie des avantages découlant du contrat, soit aggraver les charges résultant pour l'autre de l'exécution de la convention» (souligné par nous); voy. J.P. Verviers, 30 septembre 1977, *J.L.*, 1977-1978, p. 215; Bruxelles, 25 février 1967, *Rev. prat. not.*, 1967, p. 324; Comm. Bruxelles, 16 juillet 1982, *J.C.B.*, 1982, p. 458.

⁵² S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «chronique», *J.T.*, 1996, p. 703, n° 35 (nous soulignons).

une obligation essentielle peut justifier, selon les circonstances, plus d'intransigeance de la part du créancier»⁵³.

Le devoir de loyauté se manifeste par ailleurs dans l'exercice du droit de résiliation des contrats à durée indéterminée. Ce droit de résiliation est considéré comme d'ordre public car il protège la liberté individuelle⁵⁴. Néanmoins, il ne peut être exercé à contretemps et de manière contraire aux exigences de la bonne foi. Dès lors, une résiliation exercée, par l'une des parties, de manière brutale, sans motifs sérieux ou de façon intempestive ne respecterait pas ce devoir de loyauté⁵⁵.

Il semble que le domaine de la dissolution des contrats — que celle-ci soit d'origine légale ou conventionnelle⁵⁶ — fortement imprégné par l'obligation de loyauté, de solidarité, se révèle également marqué par l'obligation de modération.

B. Le devoir de modération

10. Disons-le sans ambages : ce devoir est difficile à classer dans l'une ou l'autre catégorie (fonction) bien précise. Les frontières entre les différentes fonctions de la bonne foi — ainsi que celles entre les différents devoirs — sont poreuses. Faut-il dès lors lier cette exigence de modération à la fonction complétive de la bonne foi alors que de nombreux auteurs affirment que «*le devoir de modération est celui qui présente le plus de connexions avec la théorie de l'abus de droit*»⁵⁷? Il convient de relever diverses applications de ce devoir de modération et de déterminer, le cas échéant, si l'une ou l'autre de ces applications rentre tantôt dans le moule de la fonction complétive, tantôt dans celui de la fonction modératrice de la bonne foi que l'on examinera ci-après⁵⁸.

Selon la formule synthétique de P. Van Ommeslaghe, le devoir de modération «*interdit [...] au créancier de réclamer l'exécution scrupuleuse du contrat dès lors que le débiteur remplit ses obligations dans des conditions*

⁵³ S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *ibidem*, p. 703, n° 35.

⁵⁴ P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 825, n° 980; Cass., 22 novembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 312; Liège, 28 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1603.

⁵⁵ J.-L. FAGNART, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 293-295. La loi impose, dans de nombreux contrats, le respect d'un préavis raisonnable (contrat de bail, de concession de vente exclusive, de travail).

⁵⁶ Nous visons les causes de dissolution au sens large, qu'elles soient fondées sur l'idée de faute (résolution, clause pénale, clause résolutoire expresse) ou indépendantes de l'idée de faute (résiliation unilatérale, clause de résiliation, de dédit).

⁵⁷ J.-L. FAGNART, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1986, p. 299; voy. également P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 1987, p. 104, n° 7.

⁵⁸ Nous posons que la fonction modératrice de la bonne foi correspond à l'abus de droit. Nous examinerons par la suite la pertinence de cette affirmation (relayée d'ailleurs par la grande majorité des auteurs).

objectivement satisfaisantes. Il lui impose de se montrer raisonnable tant dans l'exercice que dans le choix des sanctions à appliquer en cas d'inexécution du contrat»⁵⁹.

Pour S. Stijns et J.-F. Romain⁶⁰, cet important devoir impose à la partie lésée de restreindre le *quantum* de son dommage et de prévenir la survenance de ce dernier. Il s'agit en d'autres termes de prendre des mesures raisonnables pour limiter le préjudice⁶¹. En effet, «*se causer à soi-même un dommage, ou aggraver l'importance de ce dernier alors que l'on sait, ou doit savoir, que la réparation intégrale de ce dommage sera due en principe par autrui, c'est manquer au devoir de bonne foi due à autrui, d'une façon qui lui est personnellement dommageable. Il y va d'un comportement contraire au standard du bonus vir*»⁶². Le professeur X. Dieux fonde, quant à lui, ce devoir de limiter le dommage dans le principe de «respect dû aux anticipations légitimes d'autrui», et le lie très étroitement à la notion de faute⁶³.

Le devoir, auquel est soumis le cocontractant lésé, de restreindre raisonnablement «son» dommage, trouve particulièrement à s'appliquer lorsque le créancier exerce, en vertu de l'article 1184, al. 2, son droit d'option entre l'exécution forcée d'une convention synallagmatique ou sa résolution. Par ailleurs, le devoir de modération s'impose au créancier lorsqu'il met fin unilatéralement à la convention ou lorsqu'une des parties entend mettre en œuvre les sanctions contractuelles prévues en cas d'inexécution par le débiteur de ses obligations⁶⁴.

Selon nous, le devoir de modération a tout à fait «sa place» au sein de la fonction complétive dans la mesure où, dans les applications évoquées ci-

⁵⁹ P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, R.G.D.C., 1987, p. 104, n° 7. Voy. également J.-L. FAGNART, *op. cit.*, R.C.J.B., 1986, pp. 299-303 : l'auteur adopte la même vision et envisage le devoir de modération comme, d'une part, interdisant au créancier «*d'exiger une exécution scrupuleuse du contrat, alors que le débiteur tente de s'exécuter de façon satisfaisante*»; d'autre part, ledit devoir s'impose au créancier «*lorsqu'il met en œuvre les sanctions légales ou contractuelles prévues en cas d'inexécution par le débiteur de ses obligations*».

⁶⁰ J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, pp. 870-876; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «chronique», *J.T.*, 1996, p. 703, n° 35.

⁶¹ Cass., 14 mai 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 798.

⁶² J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 874, n° 384.

⁶³ X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, *op. cit.*, p. 178, n° 74 : «[...] Les articles 1382 et 1383 du Code civil protègent les expectatives légitimes des acteurs de la vie sociale. Une fois cette idée assimilée, il devient [...] tout naturel qu'ayant à apprécier la légitimité des prétentions de la victime, dans les limites du raisonnable, le juge puisse tenir compte, sans détour inutile, du comportement qu'elle a adopté dans l'attente de la réparation de son dommage, pour considérer, s'il échet, que sa prétention cesse, par sa faute, et dans la mesure de l'aggravation qui en a résulté, d'être légitime» (nous soulignons).

⁶⁴ J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, pp. 874-875; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «chronique», *J.T.*, 1996, p. 703, n° 35.

dessus, il est intrinsèquement lié à l'obligation de loyauté (et de collaboration)⁶⁵. Les «connexions» que présentent ces notions (devoirs de loyauté, de modération et abus de droit) ne tendent-elles pas à relativiser fortement la distinction entre la fonction complétive et limitative de la bonne foi? Nous le pensons.

§3. La fonction modératrice ou limitative

11. Par sa fonction limitative ou modératrice, la bonne foi impose un devoir de modération ou de pondération dans l'exercice des droits contractuels. Tel est notamment le cas dans l'appréciation des sanctions à appliquer en cas d'inexécution d'une convention. Certaines façons d'exercer un droit, bien que jouissant d'une «légalité apparente⁶⁶» — parce que le créancier agit dans les limites formelles de son droit tel qu'il découle du contrat, de la loi ou des usages — sont néanmoins considérées comme choquantes, et doivent être prohibées. Dès lors, il serait permis au juge, en certaines circonstances, d'empêcher le créancier de faire valoir pleinement ses droits, de déroger ainsi au principe de la «convention-loi» et à la force obligatoire des contrats, à l'égard des comportements particulièrement contraires aux exigences de la bonne foi⁶⁷, dans la mesure où «*l'exercice visé du droit contractuel ne correspond pas à un exercice raisonnable et équitable dans de telles circonstances*⁶⁸». L'effet «restrictif» de la bonne foi implique que l'usage du droit litigieux soit ramené dans ce que le juge estimera être les limites de l'exercice de ce droit par une personne normalement raisonnable placée dans la même situation. C'est à travers la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle, laquelle est rattachée expressément par la Cour de cassation, dans un arrêt du 19 septembre 1983⁶⁹, au principe général d'exécution de bonne foi consacré par l'article 1134, al. 3 du

⁶⁵ J.-F. ROMAIN (*ibidem*, p. 875) aborde l'application du principe d'exécution de bonne foi aux modes de dissolution des conventions sous le titre «*Le devoir particulier de loyauté et de modération qui s'exerce à la fin du contrat, notamment en cas de résiliation unilatérale*» (nous soulignons). De même l'auteur analyse l'idée selon laquelle le devoir de modération interdit en principe à une partie d'exiger une exécution scrupuleuse du contrat comme une illustration du «devoir de collaboration loyale à l'exécution du contrat par les parties, qui requiert que le créancier d'une obligation s'abstienne de tout acte ou omission qui pourrait avoir pour objet ou pour conséquence, soit de priver l'autre partie des avantages normaux découlant du contrat, soit d'aggraver les charges en résultant, en rendant plus lourde ou plus onéreuse la situation du débiteur» (*ibidem*, p. 870, n° 383, souligné par nous).

⁶⁶ S. STIJS, *op. cit.*, *J.T.*, 1990, p. 35, n° 1.2.3.

⁶⁷ J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, l.c., 2000, p. 96.

⁶⁸ S. STIJS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «chronique», *J.T.*, 1996, p. 704, n° 36.

⁶⁹ Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55. Nous examinerons par la suite cet arrêt capital (*cf. infra*, n° 16).

Code civil, que se réalise pleinement cette fonction limitative de la bonne foi.

Cet arrêt fondamental précité a suscité de très nombreux commentaires, tant en partie francophone qu'en partie néerlandophone de notre pays. Force est de constater que la doctrine néerlandophone n'est — à l'origine — pas unanime quant à la portée qu'il convient de conférer à cet arrêt du 19 septembre 1983 ainsi qu'à la fonction de la bonne foi qui est à l'œuvre dans le cas d'espèce traité par la Cour suprême. W. Rauws affirme que la Cour de cassation a reconnu la fonction «dérogatoire» de la bonne foi («*de derogerende werking van de goede trouw*») ⁷⁰. D'autres auteurs semblent au contraire réfuter une telle conception et tendent à limiter la portée de cet arrêt à la fonction complétive de la bonne foi : la partie qui a le pouvoir de prendre une décision («*partijbeslissing*») en ce qui concerne l'exécution (et la dissolution) du contrat, doit exercer cette compétence conformément aux exigences — positives et négatives — de la bonne foi ⁷¹.

La correcte interprétation de cette décision consiste à admettre que la Cour de cassation a, en réalité, reconnu la fonction «limitative» de la bonne foi (de «*beperkende functie*»). Cet effet de la bonne foi vise à «poser des limites» à l'exercice des droits qui, en l'espèce, sont contractuels ⁷². Certains commentateurs, en doctrine néerlandophone, qui se penchent sur la distinction entre fonction limitative et fonction complétive, ne recourent pas à l'expression de «*beperkende functie*», mais à celle de «*wijzigende functie*» pour viser la fonction modératrice de la bonne foi. Ainsi, selon W. De

⁷⁰ W. RAUWS, «Misbruik van contractuele rechten : het cassatie-arrest van 19 september 1983», *R.D.C.*, 1984, pp. 244-263.

⁷¹ A. VAN OEVELEN et E. DIRIX, «Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984)», *R.W.*, 1985-1986, col. 93-94 : «*Men dient echter de vraag te stellen of men in het gegeven geval aan enige derogerende werking van de goede trouw is toegekomen. I.c. [In casu] ging het om het toetsen van een partijbeslissing, d.i. een bij overeenkomst aan één der partijen toegekende bevoegdheid om de rechtsverhouding [...] nader te bepalen of te wijzigen. Aangezien het nemen van een partijbeslissing neerkomt op het uitvoeren van de overeenkomst, is het uitoefenen van die bevoegdheid onderworpen aan de eisen van de goede trouw. [...] Bij het toetsen van een partijbeslissing komt men in feite niet aan enige derogerende werking toe. [...] Hier de derogerende werking te berde brengen, zou impliceren dat de overeenkomst in eerste instantie aan een partij het recht verleent om een onbillijke of onredelijke partijbeslissing te nemen, waaraan dan achteraf door de rechter wordt 'gederogeed'*» (nous soulignons).

⁷² R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, «Overzicht van rechtspraak (1981-1992) — Verbintenissen», *T.P.R.*, 1994, p. 471 : «*O.i. omvat de 'derogerende' werking enkel het opzijzetten [l'écartement] of de wijzigen [la modification] van de ganse overeenkomst of van bepaalde contractsbepalingen door de rechter, terwijl de 'beperkende' werking slechts de perken aan de uitoefening van contractuele rechten op het oog heeft. Kortom, het Hof van Cassatie erkent in dit arrest wél de beperkende, maar niet de derogerende werking van de goede trouw*» (nous soulignons). Voy. aussi W. VAN GERVEN et A. DE WAELE, «Goede trouw en getrouw beeld», in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Story Scientia, 1986, p. 108.

Bondt ⁷³, le contrat peut confirmer la «légitimité» du comportement condamné par la bonne foi : tel est le cas lorsque l'une des parties se prévaut — de manière contraire à la bonne foi — d'une clause expressément prévue dans le contrat. Dans cette situation, c'est la «*wijzigende functie*» qui est à l'œuvre. Dans le cas contraire — c'est-à-dire si une partie adopte un comportement qui heurte l'équité, alors que cet acte n'est aucunement légitimé par le contrat —, la bonne foi joue son rôle completif ⁷⁴. L'auteur se demande si le «*contract*» confirme la légitimité du comportement litigieux. Sous le vocable «*contract*», W. De Bondt, ne vise-t-il pas en réalité la formule «les termes du contrat» (le contenu littéral du contrat), en sorte que sa question peut être réécrite comme suit : les termes du contrat confirment-ils ou non la légitimité du comportement condamné par la bonne foi ? Selon nous, cette question ne revêt pas une importance pratique considérable dans la mesure où le «*contract*» contient implicitement les exigences de la bonne foi : la convention ne pourrait donc pas légitimer un comportement contraire à la bonne foi ⁷⁵. À l'aune de cette remarque, il y a lieu de s'interroger sur le point de savoir si la distinction entre la fonction complétive et la fonction limitative a toujours un sens.

§4. Le rejet des effets modificateurs et extinctifs de la bonne foi

12. La fonction modificatrice permettrait au juge d'adapter ou de modifier le contenu du contrat afin de tenir compte du nouveau contexte dans lequel il se trouve ⁷⁶. C'est en vue de pallier les situations dites «d'imprévision» que

⁷³ W. DE BONDT, *op. cit.*, T.P.R., 1984, p. 112, note 52 : «*De hier gebruikte begrippen 'aanvullende' en 'wijzigende' werking van de goede trouw wijken [...] af van de in Nederland gangbare onderscheiding tussen 'aanvullende' en 'beperkende' werking van de goede trouw. Onder beperkende werking wordt verstaan [...] 'de vraag of de goede trouw deze werking kan hebben, dat zij degene die een contractueel recht wil uitoefenen, in de uitoefening beperkt'. Central staat dus [...] de vraag naar de sanctie : wordt de uitoefening van een contractueel recht beperkt of ontzegd op grond van de goede trouw, dan vervult deze rechtsfiguur haar beperkende werking*».

⁷⁴ W. DE BONDT, *ibidem*, p. 112, note 52 : «*Bij de hier gebruikte begrippen 'aanvullende' en 'wijzigende' werking van de goede trouw, staat niet de vraag naar de sanctie centraal, maar wel de vraag of het contract de rechtmatigheid bevestigt van de, door de goede trouw gewraakte gedraging : is dit wel het geval, dan werkt de goede trouw wijzigend, is dit niet het geval, dan vervult de goede trouw haar aanvullende functie*» (souligné par l'auteur).

⁷⁵ E. DIRIX, «Over de beperkende werking van de goede trouw», *R.D.C.*, 1988, p. 665, n° 8 : «*De overeenkomst strekt immers ook tot datgene wat de eisen van de goede trouw [...] eraan toevoegen. De overeenkomst blijft niet beperkt tot de lettertekens, m.a.w. 'er staat meer dan er staat'. Welnu, die goede trouw kan met zich brengen dat een schuldeiser onbetamelijk handelt wanneer hij nog verder onverkort op een bepaald contractueel beding beroept. Er anders over oordelen zou impliceren dat de overeenkomst aan een schuldeiser het recht zou verlenen om onredelijk te handelen en dat vervolgens de rechter tussenkomt om dit contract dan 'terzijde te schuiven'*» (nous soulignons).

⁷⁶ R. KRUIJTHOF, «L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage», *R.C.J.B.*, 1989, p. 28, n° 14 ; P. WÉRY, «L'imprévision et ses succédanés», obs. sous Liège, 27 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 109, n° 11.

certains auteurs ont défendu cet autre effet de la bonne foi ⁷⁷. Cependant, la doctrine majoritaire ainsi que la jurisprudence semblent hostiles à la reconnaissance d'une telle fonction adaptatrice ⁷⁸. La Cour de cassation répète d'ailleurs, avec une certaine constance, que des considérations d'équité n'autorisent pas les juges à déroger à l'effet obligatoire des conventions ⁷⁹. Dans un arrêt du 7 février 1994, notre Cour suprême paraît condamner la fonction adaptatrice de la bonne foi ⁸⁰. La Cour confirme sa jurisprudence dans un important arrêt du 14 avril 1994; elle déclare en effet 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 difficiles pour le débiteur, le créancier ne puisse demander le paiement de sa créance; [...] Qu'ainsi le jugement attaqué décide, en substance, que si à la suite d'événements nouveaux que les parties n'avaient pas prévus lors de la conclusion du contrat, l'exécution du contrat devient particulièrement difficile pour le débiteur, les exigences de la bonne foi imposent que le créancier réduise sa demande; Qu'il ne décide pas que l'exécution du contrat était devenue impossible [...] ni que la demanderesse ait abusé de son droit*» ⁸¹.

⁷⁷ M. FONTAINE, «Portée et limites du principe de la convention-loi», in *Les obligations contractuelles*, Ed. J.B.B., 1984, p. 189; D. DELI, «De leer van de gekwalificeerde benadeling en de verhouding tot de imprevisie», note sous Anvers, 21 janvier 1986, *R.W.*, 1986-1987, col. 1499 à 1501; D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 651; D. PHILIPPE, «L'imprévision», *J.T.*, 2007, p. 740 : «*Nous croyons qu'il est bon de reconnaître en droit belge le bouleversement de l'économie contractuelle [...], ce n'est qu'à titre exceptionnel, lorsque l'exécution du contrat devient insupportable pour l'une des parties, que la bonne foi autorisera une adaptation du contrat*».

⁷⁸ Contre la fonction modificatrice de la bonne foi : S. STIJS, *op. cit.*, *J.T.*, 1990, p. 35, note 38; X. DIEUX, «Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé», *R.C.J.B.*, 1983, p. 386.

⁷⁹ Voy. les nombreuses références citées par P. VAN OMESLAGHE, *op. cit.*, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, l.c.*, 2001, p. 884, n° 3.

⁸⁰ Cass., 7 février 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 150 : «*À défaut de bonne foi dans le chef d'une des parties lors de la conclusion ou de l'exécution du contrat, il n'appartient pas au juge de réviser la convention et déclarer ladite partie totalement déchue du droit qu'elle déduit dudit contrat*».

⁸¹ Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 365 (nous soulignons). Voy. également Cass., 20 avril 2006, *R.G.D.C.*, 2009, p. 34; la Cour confirme sa jurisprudence et reprend le même attendu : «*Le jugement attaqué ne considère toutefois pas que l'exécution de la convention était devenue impossible, ni que les parties avaient prévu dans leur convention une possibilité de révision de celle-ci, ni que la demanderesse a abusé de son droit (nous soulignons)*». La Cour suprême casse l'arrêt de la Cour d'appel qui avait décidé que «*l'équilibre contractuel initial est tout à fait perturbé de sorte qu'en cas de l'exécution intégrale de la convention, il y aurait un trop grand déséquilibre entre l'intérêt qui est protégé et l'intérêt du cocontractant qui est lésé [...]. Eu égard de toutes les circonstances précitées, il semble raisonnable et équitable de réduire la pension [...]*». Il nous semble pour le moins étonnant, vu la motivation du juge du fond, que la Cour de cassation considère que la Cour d'appel n'ait pas constaté un abus de droit dans le chef de la demanderesse. Voy. également Cass., 14 octobre 2010, *R.G.* n° C.09.0608.F/4 : la Cour de cassation, validant la décision attaquée, considère que la poursuite de la convention tendant au paiement d'une pension alimentaire était, au vu des nouvelles circonstances, constitutive d'un abus de droit.

Si Cour de cassation sonne le glas de la fonction adaptatrice de la bonne foi, il semble néanmoins que ces situations de «déséquilibre» ou de «bouleversement» contractuel puissent être traitées et corrigées par la théorie de l'abus de droit (à condition de satisfaire aux conditions de cette dernière).

De même, si la fonction «extinctive» de la bonne foi subit le même sort que la fonction adaptatrice, en ce sens que la théorie de la «*rechtsverwerking*» est rejetée par la Cour de cassation ⁸², nous pourrions constater ci-dessous que l'abus de droit constitue pour les situations en cause un remède curatif.

§5. Les fonctions complétive et limitative : deux facettes d'une même médaille ⁸³?

13. La question de la distinction (ou d'une certaine similitude?) entre les fonctions complétive et modératrice de la bonne foi a déjà été évoquée ci-dessus. Nous n'avons pas la prétention de réfuter une doctrine bien établie qui distingue les différents effets de la bonne foi, mais nous nous permettons de nuancer la «frontière» entre ces deux fonctions : «*Het hierboven gemaakte onderscheid tussen aanvullende en beperkende werking mag niet worden overschat*» ⁸⁴. Le fait que toutes deux soient marquées dans une certaine mesure par une exigence de modération ne constitue-t-il pas un premier indice corroborant un rapprochement entre les deux fonctions? Il convient d'examiner certains traits qui témoignent de la cohésion de ces deux fonctions.

Tout d'abord, l'on assigne traditionnellement à la fonction complétive le rôle de combler les lacunes qui affectent ce que les parties ont convenu dans le cadre de leur convention : le juge doit ajouter au contrat certaines obligations déduites de la bonne foi. Néanmoins, la fonction limitative ne révèle-t-elle pas également l'existence d'une «lacune», en ce sens qu'une stipulation contractuelle doit être écartée ou réduite dans la mesure où, dans les circonstances de l'espèce — c'est-à-dire telle qu'elle est exercée —, elle n'est pas acceptable eu égard aux exigences de la bonne foi ⁸⁵? G.J. Rijken soutient

⁸² Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1061. Sur cette notion de «*rechtsverwerking*», voy. *infra* (n° 18).

⁸³ Pour reprendre l'expression «*keerzijde van een zelfde medaille*» de F. VERMANDER (*op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2004, p. 581).

⁸⁴ E. DIRIX, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1988, p. 664, n° 8. Traduction libre : la frontière entre les fonctions complétive et limitative de la bonne foi ne doit pas être surestimée.

⁸⁵ Compar. avec l'article 6 :248 du nouveau Code civil néerlandais (N.B.W.); cf. S. STIJNS, «*De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de belgische rechtspraak van het Hof van cassatie*», in J. SMITS et S. STIJNS (éd.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 81.

d'ailleurs que : «*De keuze voor het aanvullend dan wel beperkend laten werken van de redelijkheid en billijkheid [is] afhankelijk van de vraag of de feitelijke rechter een leemte in de rechtsverhouding van partijen aanneemt*»⁸⁶. L'auteur ajoute qu'une telle lacune peut résulter de l'application de la fonction limitative⁸⁷. La disposition litigieuse ainsi frappée par l'effet modérateur serait néanmoins corrigée par la fonction complétive : «*De daardoor veroorzaakte leemte wordt aangevuld met de rechterlijke uitspraak. Dit kan men zien als toepassing van de aanvullende werking [...]*»⁸⁸.

13bis. Le rapprochement entre les deux fonctions peut par ailleurs être illustré par le fait que la *limitation* de l'exercice d'un droit constitue, dans certains cas, la sanction appropriée lorsqu'une exigence déduite de la fonction complétive de la bonne foi a été méconnue⁸⁹. La qualification d'«*Obliegenheit*» qui est susceptible d'être attribuée aux devoirs de la bonne foi permet d'illustrer la cohésion que présentent les divers effets de cet impératif. Nous reviendrons sur ce point dans la partie du travail consacrée aux sanctions⁹⁰.

Les exigences déduites des articles 1134 et 1135 du Code civil permettent de façonner, indépendamment de la volonté des parties⁹¹, une norme objective de comportement⁹². En effet, la nécessité de recourir à la fonction limitative de la bonne foi, lorsque le comportement litigieux n'est pas raisonnable ou convenable, n'est-elle pas justifiée par la circonstance que ledit comportement heurte les nombreux devoirs — loyauté, collaboration, modération — tirés de la fonction complétive de la bonne foi⁹³? En

⁸⁶ G.J. RIJKEN, *Redelijkheid en billijkheid*, coll. Monografieën Nieuwe B.W., Deventer, Kluwer, 1994, p. 45, n° 32 (nous soulignons). Traduction libre : le choix de recourir aux ressources de la bonne foi — que ce soit dans sa fonction limitative ou complétive — est lié à la question de savoir si le juge du fond admet l'existence d'une lacune au sein de la relation juridique. Certes ce commentateur se base sur les dispositions du Code civil des Pays-Bas, mais le raisonnement nous semble transposable en droit belge.

⁸⁷ G.J. RIJKEN, *ibidem*, p. 45, n° 32 : «*Deze leemte kan ook een gevolg zijn van toepassing van de beperkende werking. [...] Bij voorbeeld : een bindend advies wordt op grond van de beperkende werking [...] buiten toepassing gelaten*».

⁸⁸ G.J. RIJKEN, *op. cit.*, p. 45, n° 32.

⁸⁹ W. DE BONDT, *op. cit.*, T.P.R., 1984, p. 113, note 52.

⁹⁰ Cf. *infra*, n°s 43-44.

⁹¹ M.-E. STORME, *ibidem*, p. 113, n° 107 : «*Elke verplichting die de gewilde regeling aanvult is een niet gewilde verplichting. Elke beperking van een gewilde schuldvordering is een niet gewilde beperking*» (nous soulignons).

⁹² X. THUNIS, «Théorie générale de la faute. Volume 2. La faute comme acte contraire au droit», in *Responsabilité — Traité théorique et pratique*, dossier 20bis, Bruxelles, Kluwer, 2006, p. 39, n° 43.

⁹³ M.-E. STORME, *De invloed van de goede trouw...*, *op. cit.*, p. 113, n° 107 : «*Is een aanvullende onderzoeks- of informatieplicht niet tevens een grond voor de beperking van een aantal kontraktuele 'rechten'? Is de opzeggingsmogelijkheid van voor onbepaalde duur aangegane overeenkomsten een aanvulling of een beperking, en de daartoe vereiste redelijke termijn dan het omgekeerde?*».

somme, «*la différence entre la fonction dérogatoire et la fonction supplétive de la bonne foi n'est pas aussi importante. Les deux fonctions impliquent l'introduction dans les rapports juridiques contractuels des règles de comportement social dictées par la bonne foi*»⁹⁴.

14. Il convient enfin de signaler que l'examen de la notion d'abus de droit va rejaillir sur la question de la distinction entre les fonctions supplétive et limitative et viendra alimenter le débat.

Suite à l'arrêt de la Cour suprême du 19 septembre 1983, il est très largement admis que l'abus de droit correspond à la bonne foi dans sa fonction limitative. Alors que la théorie de l'abus de droit n'en était qu'à ses balbutiements et ne présentait pas encore le visage que nous lui connaissons actuellement, A. de Bersaques enseigne, fin des années soixante, qu'il y a abus de droit non seulement lorsqu'une des parties use âprement de ses prérogatives contractuelles mais également lorsqu'elle manque de loyauté ou d'esprit de collaboration dans l'exécution du contrat⁹⁵. Le cordon entre la fonction complétive et la fonction limitative — incarnée par l'abus de droit — ne semble pas coupé. Nous épinglons deux décisions assez récentes qui témoignent de cette proximité entre la théorie de l'abus de droit et les différentes fonctions de la bonne foi.

Dans un arrêt du 17 décembre 2007, la Cour d'appel de Liège rappelle certaines règles de droit belge qui régissent le droit de résiliation d'un contrat de concession de vente exclusive à durée indéterminée : «*Chaque partie a en principe le droit de mettre fin à tout moment à un contrat à prestations successives de durée indéterminée; en vertu du principe de l'exécution de bonne foi des conventions, cette faculté de rompre ne peut toutefois s'exercer de manière constitutive d'un abus de droit et que tel est notamment le cas d'une rupture brutale, intempestive, spoliatrice ou arbitraire, sans ménagement quelconque. [...] Le droit de résiliation n'est pas discrétionnaire : la bonne foi qui doit présider à la résiliation des contrats s'oppose à ce qu'il soit exercé sans prendre en considération les intérêts légitimes de l'autre partie; celui qui résilie le contrat doit, en principe, veiller à éviter que la rupture soit préjudiciable à son cocontractant. La circonspection ainsi imposée à celui qui exerce le droit de résiliation comporte en règle générale l'obligation de respecter un préavis. Celui qui résilie, peut avoir, lui aussi, des intérêts légitimes de nature à justifier une rupture : l'inexécution d'obligations importantes du cocontractant, un dommage considérable qu'entraînerait la continuation, même provisoire, du contrat ou encore dans*

⁹⁴ L. CORNELIS, *op. cit.*, in *La bonne foi, l.c.*, 1990, p. 55, n° 51.

⁹⁵ A. DE BERSAQUES, «L'abus de droit en matière contractuelle», note sous Liège, 14 février 1964, *R.C.J.B.*, 1969, p. 524, n° 29.

les contrats intuitu personae, un comportement inconciliable avec la poursuite des relations contractuelles. Le juge devra alors peser les intérêts qui s'affrontent en vue de décider, si le préavis doit être réduit ou même qu'il n'était pas nécessaire. Obligation d'information par la notification, octroi d'un délai de préavis raisonnable, respect des intérêts de l'autre partie, telles sont les principales exigences qui, même en l'absence de base légale spécifique, puisent leurs racines dans l'article 1134, alinéa 3, du Code civil»⁹⁶.

En l'espèce, la Cour a jugé que le fabricant de produits pharmaceutiques (S.A. L.) qui, n'informant pas son distributeur de ses intentions de le remplacer, le place devant le fait accompli en approvisionnant directement un autre distributeur, et commet une rupture brutale intempestive. La Cour réunit, dans cet extrait, des considérations liées tantôt à la fonction complétive (obligation d'information, octroi d'un préavis raisonnable, prise en considération des intérêts de l'autre partie), tantôt à la fonction limitative de la bonne foi par le canal de l'abus de droit : la rupture «brutale», «intempestive», «spoliatrice», «arbitraire» est considérée comme un abus de droit; la Cour parle de «pesée d'intérêts» (contrôle de proportionnalité caractéristique de l'abus de droit); la juridiction d'appel parle aussi de «dommage considérable» qu'entraînerait la continuation du contrat,...

La cohésion qu'entretiennent la fonction limitative (abus de droit) et la fonction supplétive est également illustrée par une décision de la Cour d'appel de Mons du 10 juin 2002. Dans cette affaire, un preneur d'assurance fait initialement assurer son véhicule auprès d'une compagnie A, et déplace ensuite la couverture contre le vol auprès d'une autre compagnie (la S.A. Z, appelante en l'espèce). Lors d'un sinistre, cette dernière décline sa garantie en faisant valoir que le système antivol ne correspond pas aux critères sollicités par le contrat d'assurance (et notamment à la clause 910 de la convention). La Cour, confirmant sur le principe le jugement dont appel, expose qu'il convient d'examiner si l'appelante a manqué à la bonne foi et à son devoir d'information et de loyauté en laissant courir le contrat, sans réclamer à sa cliente un document attestant de l'installation d'un système d'alarme spécifique tel que stipulé dans la clause 910, et sans attirer son attention sur l'absence de garantie vol. La juridiction d'appel, se basant sur les devoirs de collaboration et d'exécution loyale énonce ce qui suit : «*Une telle manière de faire a pour conséquence [...] de procurer à la compagnie d'assurance des avantages hors de proportion par rapport aux inconvénients subis par l'assuré; [...] Que de tels effets ne sont pas acceptables car ils ont pour effet de bouleverser l'économie même du contrat d'assurance et de tromper l'attente légitime des assurés à se voir indemnisés [...]; Qu'en agis-*

⁹⁶ Liège, 17 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1609 (nous soulignons).

*sant de la sorte la compagnie d'assurance n'a eu en vue que la satisfaction égoïste de ses propres intérêts financiers sans avoir le moindre égard au fait que [...] son assurée [...] serait immanquablement privée des avantages que l'exécution loyale du contrat devait normalement lui apporter en cas de sinistre[...]»*⁹⁷.

Cet arrêt appelle à être commenté. D'une part, si la Cour ne pose pas son raisonnement sur les notions d'abus de droit et de fonction limitative de la bonne foi⁹⁸, il n'en demeure pas moins que certaines formules font très fortement allusion aux concepts précités. La Cour aurait très bien pu décider que le comportement de l'assureur — à savoir le non respect de l'obligation d'information et de conseil ainsi que le refus de garantie fondé sur la clause 910 — était constitutif d'un abus de droit dans la mesure où les avantages procurés à la compagnie sont «hors de proportion par rapport aux inconvénients subis par l'assuré»⁹⁹. En effet, un tel raisonnement basé sur le critère de proportionnalité est caractéristique de l'abus de droit. D'autre part, l'expression «bouleverser l'économie même du contrat» fait référence aux situations «d'imprévision». Si cette théorie d'imprévision n'a pas droit de cité en droit belge, nous avons néanmoins noté qu'elle revenait «par la fenêtre», via la théorie de l'abus de droit. Par les termes qu'elle utilise, la Cour d'appel ne fait-elle pas un clin d'œil à cette idée d'imprévision, rattachée — cette fois — à la notion de bonne foi complétive, vu que la Cour ne raisonne — apparemment — pas en termes d'abus de droit et de bonne foi dans leurs fonctions limitatives?

Ainsi, les distinctions entre les fonctions complétive et limitative de la bonne foi doivent être relativisées : ces dernières couvrent en effet une même réalité. Quel est cependant le rôle joué par la théorie de l'abus de droit? Apporte-t-il des nuances à la mission des effets de la bonne foi? Peut-on également déceler des interactions entre l'abus de droit et la fonction complétive de la bonne foi? Comment la relation entre ces deux notions se manifeste-t-elle? Autant de questions auxquelles nous tenterons d'apporter des éléments de réponse par la suite.

⁹⁷ Mons, 10 juin 2002, *R.G.D.C.*, 2004, note F. VERMANDER, p. 567 (nous soulignons).

⁹⁸ La Cour ne parle nullement d'abus de droit si ce n'est pour poser la considération suivante : «*Attendu que l'appelante n'a commis aucun abus de droit en incluant dans les conditions du contrat d'assurance la clause 910*».

⁹⁹ F. VERMANDER, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2004, p. 581.

Chapitre 2. — L'abus de droit

Section 1. — Une construction prétorienne

§ 1. Un droit susceptible d'abus

15. Dans quelle mesure est-il possible d'*abuser* de son *droit*? N'aurait-on pas affaire à une logomachie, une contradiction *in terminis* dans l'idée d'un droit subjectif qui puisse être contrôlé ¹⁰⁰? Chaque droit confère à son titulaire une sphère d'autonomie ou une marge de liberté dans l'usage de ce droit, liberté dont l'étendue varie selon la nature et l'objet spécifique de ce droit. La théorie de l'abus de droit instaure — tout comme la fonction restrictive de la bonne foi — un contrôle sur l'usage ¹⁰¹ d'un droit, usage qui jouit pourtant d'une «légalité apparente» ou d'une «présomption de licéité».

Tous les droits subjectifs sont-ils susceptibles d'abus? La doctrine classe traditionnellement les droits subjectifs en trois catégories. Tout d'abord, les droits dits «discrétionnaires» sont exclus du champ d'application de la théorie de l'abus de droit. Il s'agit de droits qui reconnaissent un pouvoir discrétionnaire à leur titulaire. Ce dernier peut donc user de son droit subjectif à sa guise, l'exercer comme bon lui semble, dans n'importe quel but, pour n'importe quel motif. Force est de constater que cette catégorie de droits subjectifs discrétionnaires se réduit à peau de chagrin, si bien que certains auteurs se demandent s'il en existe encore ¹⁰².

À côté de cette catégorie non sujette au contrôle de l'abus de droit, subsistent deux autres types de droits susceptibles d'être soumis à la censure de l'abus de droit : les «droits fonctions» et les droits subjectifs contrôlés. Les droits fonctions s'analysent comme «*des pouvoirs ou des compétences accordés non point dans l'intérêt de celui qui les exerce, mais dans l'intérêt de tiers* ¹⁰³». Le titulaire ne peut exercer son droit que conformément à la finalité économique et sociale attachée à celui-ci : s'il use de ce droit en vue d'autres fins que celles qui lui sont assignées, il commet un détournement de pouvoir ¹⁰⁴.

¹⁰⁰ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, pp. 240 et 270.

¹⁰¹ C'est effectivement *l'exercice* du droit qui sera, le cas échéant, taxé d'abus; l'existence du droit n'est pas remise en cause. Nous reviendrons sur cet aspect essentiel de la théorie.

¹⁰² S. STIJNS, *op. cit.*, J.T., 1990, p. 38, n° 2.3.1. Selon TH. LÉONARD, c'est «*l'objectivation des critères de l'abus, liée à la reconnaissance de la nécessaire prise en compte des intérêts d'autrui, qui, [...], a fait rentrer tous les types de droits, même les plus discrétionnaires, sous le giron de cette théorie*» (cf. thèse, *op. cit.*, p. 774). Cf. P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, 2010, pp. 67-70, n° 28.

¹⁰³ P. VAN OMMEFLAGHE, «Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi», note sous cass., 10 septembre 1971, *R.C.J.B.*, 1976, p. 313, n° 6.

¹⁰⁴ Ces droits fonctions sont soumis à un critère de la théorie de l'abus de droit qui leur est propre : celui du «détournement d'un droit de sa finalité».

Enfin, la théorie s'applique à la catégorie des droits subjectifs contrôlés ou des «droits subjectifs à caractère égoïste¹⁰⁵» qui regroupe en réalité la plus grande partie des droits subjectifs. Certes, d'éminents auteurs se sont livrés à de subtiles distinctions entre les droits susceptibles d'abus et les autres¹⁰⁶, mais, avec Th. Léonard, nous sommes d'avis que ces classements n'apportent pas grand-chose sur le fond dès lors que «*l'existence de droits discrétionnaires est une chimère et que le critère de détournement de la finalité est accepté par tous comme un critère de l'abus*»¹⁰⁷. Dans la mesure où pratiquement aucun droit n'échappe au contrôle de l'abus, n'est-il pas pertinent de soutenir que l'abus de droit constitue un principe général de droit¹⁰⁸?

La dénomination même de la théorie nécessite que le sujet soit titulaire d'un droit¹⁰⁹. Cette condition semble couler de source, mais elle fixe la théorie dans un carcan rigide que la Cour de cassation ne se prive pas de rappeler. Ainsi, la résiliation unilatérale d'une convention produit ses effets *de plano* et entraîne irrévocablement l'extinction de celle-ci en sorte que la partie dont émane ladite décision de résilier le contrat «*n'a aucun droit à y renoncer. L'absence de pareille renonciation ne peut, dès lors, constituer un abus de droit dans son chef*». La Cour censure l'arrêt qui «*après avoir constaté que la demanderesse avait dénoncé l'ouverture de crédit qu'elle avait consentie au défendeur, considère que, quel que soit le caractère abusif ou non de cette dénonciation, la demanderesse a commis un abus de droit en maintenant sa décision de rompre ledit crédit*»¹¹⁰.

¹⁰⁵ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, R.C.J.B., 1976, p. 314, n° 6.

¹⁰⁶ S. STIJNS, *op. cit.*, J.T., 1990, pp. 36-39, n° 2; P. VAN OMMESLAGHE, *ibidem*, pp. 300 et s.

¹⁰⁷ TH. LÉONARD, *op. cit.*, p. 774.

¹⁰⁸ Cass., 5 mars 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 768 : cet arrêt précise que la prohibition de l'abus de droit constitue un principe général de droit. Voy. les références relevées par Th. LÉONARD (*op. cit.*, p. 801, notes 2065 et 2066). Voy. Cass., 22 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 1999; Cass., 6 janvier 2011, R.G. n° C.09.0624.F/1.

¹⁰⁹ Certains auteurs soutiennent que la théorie de l'abus de droit peut s'appliquer également aux libertés consacrées par le droit objectif (et notamment la liberté contractuelle). En ce sens, voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, op. cit.*, 2010, pp. 70-71, n° 29. *Contra* L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle. L'acte illicite*, Bruxelles, Bruylant, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, Diegem, Ced.Samson, 1991, p. 92; Th. LÉONARD, *op. cit.*, pp. 757 et s.; J. GHESTIN, G. GOUBEUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 753, n° 768 : «*Or il existe un problème particulier de l'usage abusif des droits qui ne se confond pas avec la mauvais usage d'une liberté*».

¹¹⁰ Cass., 3 décembre 2007, R.D.C., 2008, p. 277 : l'extrait mis en évidence par nous témoigne de l'importance des conditions de la théorie de l'abus de droit. Certes l'absence de renonciation à la dénonciation du contrat ne peut donner lieu à abus, à défaut de droit à renonciation. Néanmoins, la Cour semble estimer que la résiliation elle-même, constituant une «décision de partie», aurait pu être taxée d'abus. Voy. également Cass., 16 novembre 2007, C.06.0349.F, www.juridat.be : le juge d'appel reprochait en l'espèce au propriétaire bailleur (demanderesse en cassation) d'avoir abusé de son droit, lequel consistait dans le fait de ne pas

§2. Les arrêts jalons de la théorie

16. Il convient d'épingler deux arrêts de la Cour de cassation, rendus en matière d'abus de droit, qui ont, de manière décisive, précisé la théorie et contribué au développement fulgurant de celle-ci. Dans le domaine des relations extracontractuelles ¹¹¹, l'arrêt fondateur est, sans conteste, celui rendu par la Cour de cassation le 10 septembre 1971 ¹¹². Dans cette affaire, la Haute juridiction confirme la décision attaquée qui avait considéré comme abusive la demande de démolition d'un mur formulée par le propriétaire d'un fonds qui subissait, sans se plaindre depuis 23 ans, un léger empiètement, sur son terrain, du mur voisin. Le juge du fond avait substitué des dommages-intérêts à la démolition demandée. Par des attendus bien pesés — chaque mot compte ¹¹³ —, la Cour fixe les grands principes directeurs de la théorie. D'une part, l'arrêt reconnaît deux nouveaux critères de l'abus de droit : le critère générique et le critère spécifique dit de «proportionnalité» ou de «disproportion». D'autre part, la Cour préconise une appréciation prudente, «marginale» de la «faute» constitutive d'abus de droit puisque le titulaire exerce, avant tout, un droit et dispose d'un certain espace de liberté.

La Cour poursuit le développement de la théorie et lui confère droit de cité en matière contractuelle par un arrêt du 19 septembre 1983. Elle affirme que «*si le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, consacré par l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, interdit à une partie à*

avoir utilisé la possibilité offerte au bailleur, par l'article 1724 C. civ., de réaliser les travaux nécessaires pour éviter l'aggravation de son dommage, quitte à récupérer les frais à charge du locataire. La Cour de cassation rétorque de manière cinglante : «*L'arrêt ne constate pas que la demanderesse a exercé un droit découlant du contrat de bail*». N'était-il pas plus pertinent, au niveau du juge du fond, d'orienter le débat sur le fondement de la bonne foi et, plus spécialement, l'obligation de limiter son dommage? Il était ainsi possible de ne pas se heurter au carcan de l'abus de droit et d'éviter une censure de la Cour de cassation.

¹¹¹ C'est en matière extracontractuelle que la théorie est née; elle a spécialement connu, avant le 10 septembre 1971, quelques applications en droit des biens : voy. Cass., 12 juillet 1917, *Pas.*, 1918, I, p. 73 (l'affaire opposait le propriétaire de l'Innovation et le propriétaire du Bon Marché dont l'enseigne lumineuse cachait complètement celle de l'Innovation); voy. aussi Cass., 16 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 332. Pour un commentaire plus développé de ces arrêts, cons. S. STIJNS et H. VUYE, «Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens», in *Eigendom/Propriété*, UFSIA- Faculté de droit de Namur, Die Keure — La Charte, Bruges, 1996, pp. 101-105.

¹¹² Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 28 et la note signée W.G.; *Arr. Cass.*, 1972, p. 31, concl. du Procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH; *R.C.J.B.*, 1976, note P. VAN OMMESLAGHE.

¹¹³ Cf. la formulation précise du critère dit générique (sur cette notion, voy. *infra*) et l'importance du terme «manifestement». En outre, la Cour justifie sa décision en s'appuyant sur chacune des circonstances de l'espèce : le mur existe depuis 23 ans; l'empiètement est modeste; le voisin qui a édifié le mur l'a fait certes inconsidérément, mais de «bonne foi»; l'exigence de la démolition occasionnerait un préjudice disproportionné pour le responsable de l'empiètement...

un contrat d'abuser des droits que lui confère celui-ci, pareil abus suppose que lorsque cette partie use dans son seul intérêt, d'un droit qu'elle puise dans la convention, elle en retire un avantage disproportionné à la charge corrélative de l'autre partie»¹¹⁴. Divers enseignements peuvent être tirés de ces quelques lignes. Tout d'abord, l'abus de droit contractuel se voit assigner un fondement juridique propre : celui qui abuse d'un droit contractuel méconnaît la bonne foi et engage sa responsabilité contractuelle et non aquilienne. La Cour évite ainsi le problème de cumul des responsabilités¹¹⁵. Ensuite, cet arrêt fondateur consacre la fonction limitative ou modératrice de la bonne foi¹¹⁶. De plus, ce qui est plus remarquable, notent certains auteurs, c'est que la Cour de cassation établit, d'emblée — c'est la première fois, en effet, que la Cour se prononce en matière d'abus de droit contractuel —, un lien — étroit — entre la fonction limitative de la bonne foi et l'abus de droit¹¹⁷. Par ailleurs, la Cour se réfère au critère de proportionnalité que l'arrêt du 10 septembre 1971 a consacré en matière extracontractuelle.

¹¹⁴ *Pas.*, 1984, I, p. 55; *J.T.*, 1985, p. 56, note S. DUFRENE; *R.C.J.B.*, 1986, pp. 282 et s. et note de J.-L. FAGNART; *R.D.C.*, 1984, p. 276 et note W. RAUWS. Les faits de la cause se résument comme suit : un représentant de commerce voit son secteur de vente réduit, en vertu d'une clause contenue dans le contrat qui confère un tel droit à l'employeur, sans qu'une telle modification puisse constituer un motif de rupture du contrat. La Cour de travail qui fait droit à l'argumentation du travailleur, juge que l'employeur a commis un abus de droit dans la mesure où il aurait agi dans son seul intérêt personnel, en négligeant les intérêts de ses représentants et, partant, de manière contraire à la bonne foi. La Cour de cassation reproche au juge du fond d'avoir méconnu les conditions d'application du principe d'exécution de bonne foi des conventions. Par conséquent, elle casse l'arrêt attaqué en tant que celui-ci a retenu une violation du principe de bonne foi (et de prohibition de l'abus de droit) sans constater que les avantages que l'employeur a retirés des prérogatives que lui conféraient les clauses de la convention sont «*sans commune mesure*» avec les inconvénients qui en résulteraient pour l'employé.

¹¹⁵ S. DUFRENE, *op. cit.*, *J.T.*, 1985, p. 57, n° 5; S. STIJNS et H. VUYE, *op. cit.*, in *Eigendom/Propriété*, l.c., 1996, p. 114, n° 19.

¹¹⁶ P.-A. FORIERS, «Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle», note sous Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, pp. 202-206, n°s 10 et 11 (et les nombreuses références citées).

¹¹⁷ S. STIJNS et H. VUYE, *op. cit.*, in *Eigendom/Propriété*, l.c., 1996, p. 113, n° 19. Cette analyse sera confirmée par des arrêts ultérieurs : cf. Cass., 16 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 602 : «*Il ne ressort ni des articles 1134 et 1184 du Code civil ni de la notion d'abus de droit que la partie à un contrat synallagmatique, [...], ne puisse abuser de la faculté d'option entre l'exécution forcée et la résolution de la convention [...]*». Voy. également Cass., 18 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1295; Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 728 (et la note de E. DIRIX, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1988, p. 660). Ces arrêts admettent le pouvoir modérateur du juge en vertu de l'exigence de bonne foi dans l'exécution des contrats.

Section 2. — Définition générale et critères de l'abus de droit

17. La jurisprudence a, au fil des années, dégagé divers critères caractérisant l'abus de droit ¹¹⁸. Il est établi que l'abus ne peut découler du simple fait que le titulaire du droit tire un avantage de celui-ci ou l'exerce dans son unique intérêt ¹¹⁹.

Selon le critère «générique», l'abus peut résulter de l'exercice d'un droit «*qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente*»: cette formulation est utilisée par la Cour tant en matière extracontractuelle ¹²⁰ que contractuelle ¹²¹. L'expression «personne prudente et diligente» fait référence au critère du «bon père de famille». L'adverbe «manifestement» indique, quant à lui, que le juge ne peut user de son pouvoir modérateur qu'avec circonspection et réserve: il ne dispose que d'un pouvoir d'appréciation marginale. Néanmoins, certaines décisions émasculent le critère générique en gommant dans celui-ci le terme «manifestement» ¹²². Cette particularité alimente la controverse à propos de la distinction entre la faute (génératrice de responsabilité) et l'abus de droit.

Le droit hollandais connaît une disposition — légale — similaire à notre critère générique de l'abus de droit. L'article 248, al. 2 du livre 6 du N.B.W. stipule en effet qu'en vertu de *l'effet modérateur de la bonne foi*, l'exercice d'un droit (découlant du contrat, de l'autonomie de la volonté) n'est pas applicable dès lors que cet exercice serait, dans les circonstances de l'espèce, inacceptable («*onaanvaardbaar*») au regard des exigences de la raison et de l'équité («*naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid*»). Une version antérieure de cet article prévoyait que l'effet modérateur de la bonne foi devait jouer lorsque l'exercice d'un droit indiquerait, dans les circonstances données, un comportement «incorrect» («*onbetamelijk*») dans le chef du titulaire de ce droit. Le terme «*onbetamelijk*» a été abandonné aux motifs qu'il était également utilisé dans l'article 162 (du livre 6) qui traite de l'acte illicite (donnant lieu à responsabilité civile). Les rédacteurs voulaient éviter de suggérer une relation entre les deux concepts et retiennent l'attribut

¹¹⁸ Pour une étude récente des critères de l'abus de droit, voy. A DE BOECK, «Rechtsmisbruik», in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, 2011, pp. 129 et s. (www.jura.be).

¹¹⁹ C'est en tout cas ce qu'affirment les arrêts suivants cités ci-dessus: Cass., 19 septembre 1983 et Cass., 18 juin 1987.

¹²⁰ Cass., 10 septembre 1971 (précité), *Pas.*, 1972, I, p. 28; Cass., 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 332.

¹²¹ Cass., 20 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 337; Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 728; Cass., 1^{er} février 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 158; Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 244; Cass., 9 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 392.

¹²² Cass., 27 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1381; Cass., 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 212.

«*onaanvaardbaar*» qui renforce l'idée selon laquelle le contrôle de l'abus doit se faire avec la plus grande réserve ¹²³.

Par ailleurs, si la version belge du critère générique fait explicitement état de la figure du «bon père de famille» normalement prudent et diligent, la formulation néerlandaise fait, quant à elle, référence aux exigences de la raison et l'équité et semble dès lors vouloir couper le cordon avec le concept de faute... Sauf si l'on considère qu'un comportement contraire à la raison, à l'équité, et donc à la bonne foi, est lui-même «fautif» ¹²⁴. Faute et bonne foi sont des notions complémentaires qui, tout en étant divergentes sur certains aspects, ne doivent pas être opposées. D'ailleurs, il apparaît que les solutions obtenues par application de l'approche belge ne s'écartent guère de celles découlant de «l'effet limitatif de la raison et l'équité» ¹²⁵.

L'article 248, al. 2 du livre 6 du N.B.W. qui traite des relations contractuelles soumises, le cas échéant, à l'effet limitatif de la bonne foi, doit être lu en combinaison avec l'article 13 du livre 3 qui traite de l'abus de pouvoirs dans le domaine du droit des biens («*vermogensrecht*»). Il peut notamment être question d'abus de pouvoir en cas d'intention exclusive de nuire ou, lorsque, compte tenu de la disproportion entre l'intérêt à exercer ce pouvoir et l'intérêt susceptible d'être compromis par cet exercice, il aurait raisonnablement fallu renoncer à cet exercice. Sur ce point l'analogie avec le droit belge est patente. Pour s'en convaincre, il suffit d'analyser les critères *spécifiques* de l'abus de droit.

18. Divers critères particuliers ont été identifiés afin de déterminer plus aisément si un comportement est abusif. En d'autres termes, les critères spécifiques aident à caractériser ce qui constitue un *exercice manifestement*

¹²³ J.M.M. MAEIJER, *op. cit.*, T.P.R., 1991, pp. 9-10, n° 3.

¹²⁴ Le Cadre Commun de Référence met en relief les interactions réciproques entre les notions de faute, bonne foi, et abus de droit. L'article 1:103 du livre I de l'instrument définit d'une part la notion de bonne foi (*cf. supra*, n° 1) et, d'autre part, épingle le devoir de cohérence dont la méconnaissance heurterait en particulier l'obligation de se comporter de bonne foi. Nous constaterons *infra* (nos 23-24) que ce devoir de cohérence, tel que décrit dans l'œuvre européenne, constitue, pour certains auteurs, la base de réflexion d'une définition de la faute. L'obligation d'agir conformément à la bonne foi s'impose également en cas d'exercice d'un droit et peut, en cas de violation, donner lieu à certaines sanctions relevant de la logique de l'abus de droit. Voy. l'article 1:103 du Livre III de l'instrument : «*Chacun est tenu d'agir conformément aux exigences de la bonne foi en exécutant une obligation, en exerçant un droit à l'exécution, en se prévalant d'un moyen visant à sanctionner l'inexécution ou en défense contre un tel moyen, ou en exerçant un droit de mettre fin à une obligation ou une relation contractuelle. [...] La violation de ce devoir ne donne pas directement droit aux moyens sanctionnant l'inexécution d'une obligation mais elle peut interdire à son auteur d'exercer ou de se prévaloir d'un droit ou d'un moyen en demande ou en défense dont il aurait autrement disposé*» (nous soulignons).

¹²⁵ J.M.M. MAEIJER, *op. cit.*, T.P.R., 1991, p. 17, n° 5.

dérisonnable d'un droit ¹²⁶. La jurisprudence rappelle que «*dans l'appréciation des intérêts en présence, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause* ¹²⁷». Il importe donc que le juge examine l'objet, la valeur sociale, la nature du droit en cause, tienne aussi compte de l'attitude des parties ainsi que de la qualité du lien juridique dans lequel le titulaire use de son droit. En somme, pour conclure à l'application de la notion d'abus de droit, il incombe au juge de relever les faits, les circonstances de l'espèce et de les qualifier à l'aune d'un des critères spécifiques de l'abus ¹²⁸.

Tout d'abord, abuse de son droit celui qui l'exerce avec l'intention *exclusive* ¹²⁹ de nuire à l'autre partie, à son cocontractant. Ce critère est sans doute le plus ancien ¹³⁰, mais son application est devenue aujourd'hui assez rare ¹³¹. Ce critère, révélateur d'une mauvaise foi *subjective*, pourrait, le cas échéant, être appréhendée par l'application — complémentaire — du principe «*Fraus omnia corrumpit*» ¹³². L'application de ce critère est toutefois délicate dans la mesure où il oblige le juge à sonder un «état d'esprit», à analyser l'intention du titulaire du droit, ce qui est toujours difficile et parfois «divinatoire ¹³³». L'œuvre prétorienne a dès lors forgé des critères plus «objectifs»...

Selon un deuxième critère, abuse de son droit celui qui, entre différentes manières d'exercer son droit qui lui procurent une même utilité, opte pour celle qui sera la plus préjudiciable pour autrui. Ce critère a été retenu par l'important arrêt de notre Cour de cassation du 12 juillet 1917 ¹³⁴. Ce critère s'éloigne du précédent en ce sens qu'il ne se focalise plus uniquement sur la situation, l'état d'esprit du titulaire du droit, mais met l'accent sur

¹²⁶ S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «chronique», *J.T.*, 1996, p. 707, n° 45.

¹²⁷ Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, p. 185 et note P.-A. FORIERS; Cass., 9 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 392; Cass., 17 janvier 2011, R.G. n° C.10.0246.F/1.

¹²⁸ S. STIJNS, «op. cit.», *J.T.*, 1990, pp. 43-44, n°s 3.4.7 à 3.5.7; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «chronique», *J.T.*, 1996, p. 707, n° 45. Compar. avec l'appréciation de la faute, cf. *infra*, n°s 19 et 27 à 33.

¹²⁹ Cass., 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 332 (précité). De manière incidente, l'arrêt souligne l'importance du terme «exclusif»: ce premier critère requiert que l'usage du droit n'ait point d'autre but que celui de nuire.

¹³⁰ Ce critère vient de France et a été utilisé par la Cour d'appel de Colmar dans une décision du 2 mai 1855 (affaire dite de la «fausse cheminée» érigée par un citoyen mal intentionné dans le but de priver son voisin de la lumière du jour). La Cour de cassation française consacre le critère, dans l'affaire dite «Clément Bayart», par un arrêt du 3 août 1915 (*D.*, 1917, p. 79).

¹³¹ Voy. thèse de Th. LÉONARD, (*op. cit.*, p. 760, n° 434) et les nombreuses références citées; pour une application en droit des biens, cf. R. DERINE, «Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht (1965-68)», *T.P.R.*, 1969, p. 691, n° 11. Dans l'arrêt du 10 septembre 1971 (précité), la Cour suprême rappelle, avant de consacrer le nouveau critère dit de proportionnalité, que pareil abus peut aussi résulter de «l'exercice d'un droit avec la seule intention de nuire».

¹³² J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, l.c., 2000, p. 118.

¹³³ S. STIJNS et H. VUYE, *op. cit.*, in *Eigendom/Propriété*, l.c., 1996, p. 102, n° 6.

¹³⁴ *Pas.*, 1918, I, p. 65 (arrêt précité): il s'agit de l'affaire *Bon Marché contre l'Innovation*.

l'examen du dommage subi par la victime de l'abus éventuel¹³⁵. La Cour de cassation a fait référence à ce critère à de multiples reprises¹³⁶ et notamment dans un arrêt du 16 janvier 1986 à l'occasion duquel elle a décidé que le choix de poursuivre l'exécution forcée du contrat de bail, en vertu de l'article 1184 du Code civil, plutôt que la résolution judiciaire, pouvait être taxé d'abusif dès lors qu'en l'espèce, le créancier choisit, parmi les deux solutions, celle qui est la plus dommageable pour l'autre partie¹³⁷.

Par ailleurs, abuse de son droit celui qui détourne l'exercice d'un droit fonction de la finalité économique et sociale déterminée qui lui est assignée par le législateur ou par une disposition contractuelle : l'on vise par là le détournement de pouvoir civil. La paternité de ce critère revient à Louis Josserand¹³⁸. Loin d'être le plus usité, le critère a connu quelques applications, notamment en matière contractuelle¹³⁹.

Ensuite, constitue un comportement abusif le fait d'exercer son droit «sans intérêt ou motif légitime» ou «sans intérêt raisonnable et suffisant», causant ainsi à autrui un dommage que l'on aurait pu éviter¹⁴⁰. Le juge doit procéder à une balance des intérêts en présence. Ce critère est généralement lié au critère de la «disproportion» et est formulé comme suit : *«Il peut y avoir abus de droit notamment lorsque le droit est exercé sans intérêt raisonnable et suffisant; que tel est le cas spécialement lorsque le préjudice causé est hors de proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit»*¹⁴¹.

Le critère prépondérant et le plus fréquemment appliqué, tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle, est celui de la «disproportion». En

¹³⁵ S. STIJNS et H. VUYE, *op. cit.*, in *Eigendom/Propriété, l.c.*, 1996, p. 103, n° 9. C'est ce glissement de point de vue qui confère au critère une dimension «objective», même si dans certains cas, l'intention de nuire est sous-jacente.

¹³⁶ Cass., 16 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 332. Cet arrêt limite le droit de propriété au droit de jouir *normalement* de la chose et affirme «qu'entre différentes façons d'exercer son droit, avec la même utilité, il n'est pas permis de choisir celle qui est la plus dommageable pour autrui ou qui méconnaît l'intérêt général» (nous soulignons). Voy. aussi Cass., 10 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 756.

¹³⁷ Cass., 16 janvier 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 602 (arrêt précité) : le juge du fond (approuvé par la Cour de cassation) ajoute que l'intérêt du bailleur à l'exécution pure et simple du contrat est «nettement disproportionnée» avec l'inconvénient qui en résulte pour le locataire.

¹³⁸ L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité — Théorie dite de l'abus de droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1939.

¹³⁹ Cass., 28 avril 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 797 : la Cour de cassation casse la décision *a quo* à la lumière de la finalité de l'article 54 de la loi sur le bail à ferme, lequel a pour but de «(...) prévenir que le bénéficiaire du droit de préemption ne spéculé sur la plus-value éventuelle des biens ruraux au détriment du vendeur». Voy. aussi Cass., 29 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 890. Sur ce critère, voy. Th. LÉONARD, *op. cit.*, pp. 764-767.

¹⁴⁰ Cass., 30 janvier 2003, R.G. n° C.00.0632.F.

¹⁴¹ Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, p. 185 (et note de P.-A. FORIERS); voy. aussi Cass., 17 mai 2002, R.G. n° C.01.0101.F; Cass., 25 novembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 7.

d'autre termes, est abusif le choix, parmi diverses manières d'exercer son droit, même avec des utilités différentes, de l'exercice qui cause un préjudice disproportionné par rapport à l'avantage retiré par le titulaire du droit ¹⁴². Ce critère a été dégagé par la Cour de cassation dans les arrêts précités du 10 septembre 1971 et 19 septembre 1983.

Un dernier critère, plus récent, avancé par la doctrine est celui de l'exercice d'un droit en méconnaissance de la confiance légitime d'autrui. L'exercice d'un droit pourrait s'avérer abusif dès lors qu'il va à l'encontre des attentes/«expectatives» légitimes d'autrui suscitées par le comportement antérieur du titulaire du droit ¹⁴³. C'est autour de la question de la «*rechtsverwerking*» que s'est développé ce critère. Si la Cour de cassation a, à de multiples reprises, formellement dénié à la «*rechtsverwerking*» la portée d'un principe général de droit autonome, elle a néanmoins admis que la substance de cette théorie subsiste par le canal de l'abus de droit ¹⁴⁴. Dès lors, peut être taxé d'abusif le fait pour le titulaire d'un droit d'adopter un comportement objectivement inconciliable avec l'exercice de ce droit, et de tromper ainsi la confiance légitime du débiteur et des tiers en ce sens que ce titulaire se prévaut brusquement du droit alors que, par son comportement antérieur, il a provoqué la croyance légitime dans le chef de l'autre partie que ce droit ne serait pas exercé ¹⁴⁵.

Selon une partie de la doctrine, le critère de proportionnalité — considéré à l'heure actuelle comme spécifique — permettrait de synthétiser tous les cas d'abus de droit. Nous reviendrons sur cette opinion et, plus particulièrement, sur les réflexions de Thierry Léonard : l'auteur propose le test de

¹⁴² P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 127, n° 114; Th. LÉONARD, op. cit., p. 763, n° 434 (voy. les nombreuses références citées en note 1905 et 1906); Cass., 9 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 392 (précité); Cass., 8 février 2010, R.G. n° C.09.0416.F; Cass., 17 janvier 2011, R.G. n° C.10.0246.F.

¹⁴³ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel — Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Anvers, Standaard, 1987, pp. 191-194, n° 70. La même idée se retrouve dans la thèse de X. DIEUX (*Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, op. cit., p. 25). Pour l'auteur, le respect des expectatives légitimes d'autrui constituerait un principe général de droit.

¹⁴⁴ Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1061 : «*Attendu que, [...], 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 ainsi la confiance légitime du débiteur et des tiers'*». Néanmoins, chassée par la «porte», la théorie de la «*rechtsverwerking*» revient par la fenêtre de l'abus de droit : pour la Cour, en effet, «*(...) une partie ne viole ni [l'article 1134, al. 3], ni [le principe de l'exécution de bonne foi], lorsqu'elle fait usage du droit qu'elle trouve dans la convention légalement formée, sans qu'il soit établi qu'elle en a abusé (...)]*» (nous soulignons). Voy. Cass., 1^{er} octobre 2010, *R.W.*, 2011-2012, p. 142 et note S. JANSSEN et S. STIJNS, «*Rechtsverwerking aanvaard als toepassing van rechtsmisbruik?*».

¹⁴⁵ Voy. Liège, 4 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1732; Mons, 13 décembre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 770; Liège, 13 mai 2004, n° rôle 2003RG180, seul le sommaire est accessible sur le site www.juridat.be.

proportionnalité comme outil de résolution des situations d'abus de droit; il parvient de plus à concilier le critère («spécifique») de l'abus de droit avec les règles de responsabilité civile et, spécialement, la notion de faute.

Chapitre 3. — La faute

Section 1. — Une construction prétorienne

19. Si le Code civil mentionne la notion de faute dans de nombreuses dispositions, tant en matière contractuelle ¹⁴⁶ que quasi-délictuelle ¹⁴⁷, il ne se risque néanmoins pas à définir ce concept. «*Marque de sagesse ou aveu d'impuissance* ¹⁴⁸»? C'est dès lors la doctrine et la jurisprudence qui ont pris le relais et qui ont forgé la notion ainsi que les éléments constitutifs de celle-ci.

Il est admis en droit positif belge que la faute est constituée de deux éléments : l'un, objectif, est l'acte objectivement illicite et l'autre, subjectif, est l'imputabilité de cet acte à la personne fautive. X. Thunis définit la faute comme «*la violation, imputable à son auteur, d'une norme de comportement juridiquement obligatoire lui imposant de s'abstenir ou d'agir de façon déterminée soit d'agir comme une personne normalement diligente et prudente*» ¹⁴⁹. Un troisième élément est retenu par certains auteurs, généralement en cas de violation de la norme générale de prudence : il s'agit de la prévisibilité du dommage.

Sous sa composante matérielle, objective, la faute vise d'une part une norme juridiquement obligatoire imposant un comportement — agir ou s'abstenir — déterminé. Il peut s'agir d'une norme de droit interne ou une norme de droit international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne. Divers auteurs soulignent que ces normes doivent en outre être impératives et contraignantes pour la personne qu'elles visent ¹⁵⁰. La norme imposant un comportement déterminé peut également viser la loi des parties fixée par le contrat (art. 1134, al. 1 C. civ.). H. De Page soutient

¹⁴⁶ Voy. par exemple art. 589, 1732, 1799 ou 1992 C. civ. Certaines dispositions sanctionnent la négligence (art. 1631 et 2081 C. civ.), d'autres font références au «bon père de famille» (art. 1137 C. civ.).

¹⁴⁷ Voy. les art. 1382 et 1383 du C. civ. Notons que seul l'article 1382 utilise le terme de «faute»; l'article 1383 parle, quant à lui, de «fait», de «négligence» et «d'imprudence».

¹⁴⁸ X. THUNIS, «Théorie générale de la faute. Vol. 1. La faute civile un concept polymorphe», in *Responsabilité — Traité théorique et pratique*, titre II, dossier 20, Bruxelles, Kluwer, 2000, p. 14, n° 14.

¹⁴⁹ X. THUNIS, *ibidem*, p. 22, n° 27.

¹⁵⁰ B. DUBUISSON, «Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile», note sous Cass., 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, p. 34, n° 9.

d'ailleurs que la faute (contractuelle) consiste en un «*manquement aux obligations du contrat, ou à l'une d'elles, imputable au fait du débiteur*»¹⁵¹. Il est indéniable que la bonne foi a un rôle à jouer dans la constatation d'un manquement à une norme de comportement, dans la mesure où elle fait partie intégrante du contrat et précise les obligations souscrites dans le cadre de la convention¹⁵². Ainsi, si la faute constitue «*un manquement à la loi du contrat*», l'illustre auteur précise que «*tout dépend en réalité de la nature du contrat, de son économie, de son contenu, voire même d'éléments extrinsèques*»¹⁵³.

D'autre part, l'acte objectivement illicite est constitué par la violation de la norme générale de prudence : «*cette norme n'impose a priori aucune conduite précise; son contenu est à trouver dans la conduite qu'aurait eue un homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait que le défendeur en responsabilité*»¹⁵⁴. Il faut démontrer que l'auteur de l'acte n'a pas posé le comportement du «bon père de famille» placé dans les mêmes circonstances.

La référence au standard de l'homme normalement prudent et diligent implique une appréciation *in abstracto*. En d'autres termes, il incombe tout d'abord au juge d'établir le contenu de l'obligation générale de prudence et de se livrer ensuite à une comparaison entre le comportement concrètement adopté par l'auteur du fait dommageable et celui du bon père de famille. Il est en principe exclu d'avoir égard aux caractéristiques et capacités personnelles de l'auteur de l'acte, telles son âge, son sexe, son inexpérience, son niveau d'éducation. Le juge peut néanmoins tenir compte des circonstances «externes» auxquelles est confronté l'auteur de l'acte. On vise notamment les circonstances de temps, le milieu, la profession,...¹⁵⁵. Les éléments constitutifs de la faute doivent être appréciés au moment du fait dommageable. En tout état de cause, il convient de se garder d'une appréciation *a posteriori* : «*de beoordeling [...] van een inbreuk op een algemene zorgvuldigheidsnorm noodzakelijk moet gebeuren op grond van de feiten en omstandigheden die zich op het ogenblik van het gelaakte gedrag voordeden*»¹⁵⁶. À l'inverse, il semble qu'en ce qui concerne l'appréciation d'un abus de droit

¹⁵¹ H. DE PAGE, *Traité*, t. II, *op. cit.*, p. 578, n° 586.

¹⁵² J.-F. GERMAIN et E. PLASSCHAERT, «L'exécution des obligations contractuelles», in *Obligations — Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 64, II.1.6, n° 2.189.31.

¹⁵³ H. DE PAGE, *Traité*, t. II, *op. cit.*, p. 579, n° 586.

¹⁵⁴ Th. LÉONARD, *op. cit.*, p. 327, n° 198.

¹⁵⁵ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, G. GATHEM, *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence 1996-2007. Vol. 1 : le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 24-28.

¹⁵⁶ L. CORNELIS, *op. cit.*, in *Recht halen uit aansprakelijkheid, l.c.*, 1993, p. 23, n° 17 (nous soulignons).

ou d'un manquement à la bonne foi, la solution soit moins claire en ce sens qu'il n'est pas exclu d'avoir égard à des faits, circonstances, qui surviennent au moment du jugement ¹⁵⁷. Nous y reviendrons.

Par ailleurs, la personne abstraite qu'est le bon père de famille n'est néanmoins pas infaillible. Il ne s'agit donc pas de se référer à un individu extraordinaire, hors du commun, mais de fixer la norme de bon comportement au standard d'un homme «normalement» prudent et diligent. Cette nécessaire comparaison avec un homme fait de chair et de sang, qui peut commettre des erreurs — ces erreurs ne constituent des fautes que si elles ne sont pas commises par un homme normalement prudent — impose au juge une certaine retenue lors de l'appréciation de la faute. Une telle retenue est-elle à l'œuvre dans le cadre de la bonne foi et l'abus de droit?

En outre, la violation d'une norme de conduite, formulée ou non, doit avoir eu lieu librement et consciemment. Aucune faute ne peut être imputée à l'auteur du fait dommageable en l'absence de faculté de discernement ou d'une volonté libre ou réfléchie ¹⁵⁸. Il s'agit de la composante subjective de la faute : l'acte objectivement illicite doit en effet, pour être considéré comme une faute, être imputé à son auteur ¹⁵⁹.

Enfin, la condition de prévisibilité du dommage — ou plutôt d'un dommage — est traitée différemment selon la source de la faute. La méconnaissance de l'obligation générale de prudence ne constitue une faute que si le dommage était prévisible pour celui qui l'a causé. Par contre, lorsque la faute résulte de la violation d'une disposition légale impérative (norme de conduite formulée), il semblerait qu'il n'y ait pas lieu de vérifier si le dommage était ou non prévisible ¹⁶⁰. Pour certains auteurs, la prévisibilité du dommage est inhérente à l'élément moral, subjectif de la faute ¹⁶¹. S'il ne nous appartient pas de trancher la controverse au sujet de cette condition, nous nous contenterons de souligner que la prévisibilité du dommage est envisagée «*in abstracto au regard de la capacité de discernement requise du bon père de famille normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances externes*» ¹⁶². L'appréciation de cet élément constitutif de la faute se fait «*ex ante*», c'est-à-dire avant que le dommage se réalise. Cette

¹⁵⁷ L. CORNELIS, *ibidem*, p. 23.

¹⁵⁸ L. CORNELIS, *Principes*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁵⁹ TH. LÉONARD, *op. cit.*, pp. 317 et 318. Nous ne pouvons approfondir la question de l'imputabilité.

¹⁶⁰ Voy. Cass., 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 80 et Cass., 3 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 788 : dans ces arrêts, l'élément de prévisibilité paraît faire l'objet d'une présomption et ne semble plus figurer au rang de condition proprement dite dans l'appréciation de la faute.

¹⁶¹ B. DUBUISSON, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 11 et 33.

¹⁶² X. THUNIS, *op. cit.*, Vol. 1, in *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, 2000, p. 32, n° 44.

conception tranche radicalement avec celle qui prévaut en matière d'abus de droit. En effet, le critère de proportionnalité fait davantage référence au dommage réalisé dont l'ampleur est sans commune mesure par rapport à l'avantage retiré par le titulaire de l'exercice du droit. Dans ce cas, l'évaluation d'un éventuel abus se déroule «*ex post*».

20. Les conditions évoquées ci-dessus en ce qui concerne la faute extra-contractuelle sont transposables à la faute contractuelle. Quelques nuances doivent néanmoins être apportées. Tout d'abord, dans le cadre contractuel, ce sont les cocontractants qui déterminent le contenu des obligations conventionnelles, tandis que la norme générale de prudence est fixée par le juge. De plus, le moment d'appréciation de la faute est différent : les cocontractants déterminent les obligations conventionnelles lors de la conclusion du contrat. En revanche, le contenu de la norme générale de prudence est établi au moment de l'acte dommageable. Enfin, la méconnaissance d'une obligation contractuelle n'est en elle-même pas suffisante pour conclure à la violation de la norme générale de prudence ¹⁶³.

Section 2. — Examen de certaines définitions de la faute

21. Nous nous proposons de relever certaines définitions doctrinales de la faute quasi-délictuelle et à mettre en évidence certaines de ses composantes qui suggèrent une analogie avec l'abus de droit et/ou avec la bonne foi.

La définition la plus souvent citée est celle de Jean Dabin et André Lagasse : «*Est constitutif de faute tout manquement, si minime soit-il, volontaire ou involontaire, par acte ou par omission, à une norme de conduite préexistante. Cette norme de conduite trouve sa source soit dans la loi ou les règlements [...] — édictant une obligation déterminée ou indéterminée —, soit dans une série de règles de la vie sociale, de morale, de convenances et de techniques, non formulée en textes législatifs : loyauté, bienséance, sang-froid, prudence, diligence, vigilance, habileté, déontologie professionnelle, ... le tout selon le critère de l'homme normal de l'époque, du milieu, de la région*» ¹⁶⁴.

Cette définition cadre avec les deux sources traditionnelles de la faute : d'une part, les normes de conduite émanant de sources formelles (lois,...) et, d'autre part, les règles plus fuyantes, évasives, de bon comportement telles la loyauté, la prudence, la vigilance ainsi qu'une série de règles de la vie sociale dont l'analogie avec les règles de la bonne foi semble certaine.

¹⁶³ L. CORNELIS, *op. cit.*, in *La bonne foi, l.c.*, 1990, p. 78, n° 51.

¹⁶⁴ J. DABIN et A. LAGASSE, «Examen de jurisprudence (1939 à 1948) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1949, p. 57, n° 15 (nous soulignons).

Certes, considérer les règles de la bonne foi comme outil permettant d'affiner le standard de bon comportement, du «bon père de famille» est une doctrine qui a fait son chemin et qui semble d'ailleurs défendue explicitement par certains auteurs ¹⁶⁵, mais il n'en demeure pas moins qu'une telle conception n'est pas exempte de critiques. Ainsi, selon Xavier Thunis, la définition précitée semble «*supposer d'emblée juridiques les 'règles de vie sociale, de morale, de convenances...' alors que précisément l'engagement de la responsabilité de l'auteur du dommage dépend de la réception par le juge de ce genre de règles*» ¹⁶⁶. La définition serait donc entachée d'un certain «parti pris». Par ailleurs, il ne semble pas exact d'affirmer que la norme de conduite par rapport à laquelle se définit le comportement fautif lui est nécessairement préexistante. La norme de prudence est créée par le juge à l'épreuve du cas d'espèce qui lui est soumis ¹⁶⁷.

Enfin, peut-on assimiler la faute définie comme «manquement, si minime soit-il» à l'abus de droit dès lors que ce dernier nécessite l'utilisation de critères et d'une méthode (proportionnalité) qui lui sont propres?

La définition précitée est d'essence subjectiviste en ce sens qu'elle se base sur un constat de «culpabilité» dans le chef de celui qui viole les devoirs incombant à un homme de bien, normalement prudent,... ¹⁶⁸. L'accent est donc mis sur l'auteur de l'acte dommageable.

22. D'autres définitions de la faute — celle-ci étant entendue alors dans un sens objectif — ont pour centre de gravité la protection et le point de vue de la victime du dommage. Ainsi en est-il de la faute envisagée comme une atteinte au droit subjectif d'autrui, comme la lésion d'un intérêt légitime ¹⁶⁹. La Cour de cassation a depuis 1940 mis en exergue l'exigence d'une faute, en soulignant ses éléments constitutifs; elle a dès lors

¹⁶⁵ J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe de bonne foi en droit privé*, op. cit., pp. 805 et s. Cf. *infra*, n° 24.

¹⁶⁶ X. THUNIS, op. cit., Vol. 1, in *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, 2000, p. 19, n° 21.

¹⁶⁷ X. THUNIS, *ibidem*, p. 20, n° 21. Cf. *supra*, n° 20.

¹⁶⁸ J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe de bonne foi en droit privé*, op. cit., p. 812, n° 356.

¹⁶⁹ H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, «Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1985-1993)», *T.P.R.*, 1995/3, pp. 1167 et s., n° 11 : «Een fout kan immers niet enkel bestaan in misbruik van het eigen recht, maar ook in het feit dat andermans eigendomsrecht op onwettige wijze wordt aangetast». Une telle conception de la faute est contestable parce qu'elle fait abstraction de certains éléments d'appréciation de la faute, en particulier ceux qui concernent l'auteur de l'acte : l'élément moral, le fait de tenir compte des circonstances extérieures dans lesquelles est placé le responsable (voy. L. CORNELIS, *Principes*, op. cit., pp. 154-157).

condamné la théorie selon laquelle la faute se réduit au fait de causer un dommage à autrui ^{170 171}.

Le Professeur Jean Van Ryn paraît lui aussi se rattacher à la conception objective de la faute où le problème de la responsabilité civile n'est qu'un «*problème de répartition des pertes* ¹⁷²». Certains extraits de ses écrits en attestent. L'auteur introduit en effet l'idée d'une limite des droits : le dépassement — considéré sur une base purement objective et quantitative — de sa sphère de droits subjectifs et l'empiètement (corrélatif) sur la sphère des droits d'autrui déterminent l'existence d'une «faute» ¹⁷³.

Néanmoins, l'analyse de la suite du raisonnement de l'auteur témoigne de ce que ce dernier ne rompt pas totalement avec le caractère subjectif de l'acte fautif : «*Comment le juge peut-il déterminer la limite des droits et décider si celui de la victime a été lésé ou — ce qui est la même chose — si le défendeur a outrepassé le sien, c'est-à-dire a commis une faute? La faute [...] c'est une erreur de conduite [...]. On doit en déduire logiquement qu'il y a, pour chaque individu et dans toutes les circonstances, une conduite obligatoire, à laquelle il ne peut manquer sans commettre un acte illicite [...]. Cette conduite conforme au droit, c'est celle du «bon père de famille» [...]*» ¹⁷⁴.

23. Une définition idoine de la faute veillera donc à ne pas omettre l'une des deux composantes. La faute — sous l'angle «subjectif» — implique un fait qualitatif (violation d'une norme de conduite obligatoire dont découle une certaine culpabilité dans le chef de l'auteur). Ensuite, c'est sur base du contenu «qualitatif» de l'obligation de conduite que s'opérera la délimitation des sphères des droits en présence, et se résoudra le problème de répartition des pertes (aspect «objectif»).

¹⁷⁰ Cass., 22 août 1940, *Pas.*, 1940, I, p. 205 : «*Que la responsabilité d'un dommage suppose essentiellement que l'auteur du fait dommageable ait, en accomplissant celui-ci, manqué à une obligation qu'il avait envers le préjudicié*».

¹⁷¹ Il est intéressant de constater que, en matière d'abus de droit, le «dommage» refait irruption dans le concept de faute puisque le critère de proportionnalité concrétise la faute constitutive d'abus de droit en reliant le bénéfice tiré de l'exercice du droit par son titulaire et le dommage causé à l'autre partie (voy. X. THUNIS, *op. cit.*, Vol. 1, in *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, 2000, p. 22, n° 26).

¹⁷² L'expression est de H. DE PAGE, *Traité*, t. II, *op. cit.*, n° 930, citée par J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 813, n° 356.

¹⁷³ J. VAN RYN, note sous Bruxelles, 12 avril 1944, *R.C.J.B.*, 1947, p. 123, n° VI : «*Tout se ramène, en somme à savoir si l'auteur de l'acte dommageable avait le droit d'agir comme il l'a fait, ou si, au contraire, la victime avait le droit de compter que son adversaire agisse autrement*».

¹⁷⁴ J. VAN RYN, *ibidem*, p. 124, n° VIII (nous soulignons).

Dans sa thèse, Xavier Dieux démontre que la faute incorpore l'idée d'une «atteinte à la confiance légitime d'autrui» en ce sens qu'une personne a été confrontée à un comportement contraire à celui auquel elle pouvait légitimement s'attendre, venant d'un «bon père de famille»¹⁷⁵. Ce critère de «confiance légitime trompée» ne couvre en réalité que la facette objective du fait générateur de responsabilité¹⁷⁶ : «*Le principe de respect dû aux anticipations légitimes d'autrui, à caractère purement objectif, ne permet pas de comprendre en quoi et pourquoi un sujet de droit est en faute, c'est-à-dire en quoi et pourquoi il a violé la règle de bon comportement du bonus vir et commis une erreur de conduite, ce travail de définition précise et fondamentale n'étant concevable qu'au prix d'une définition du devoir violé qui [...] découle essentiellement du principe de respect mutuel et de bonne foi*»¹⁷⁷. Sur base de ces principes, J.-F. Romain propose de définir la faute comme «*tout fait qui est une incohérence de la conscience objective*»¹⁷⁸. Il convient d'analyser cette définition dont l'élément central est l'obligation de bonne foi.

TITRE II. — LA BONNE FOI ET L'ABUS DE DROIT PAR LE PRISME DE LA FAUTE

Chapitre 1. — La bonne foi comme outil permettant d'affiner le standard de comportement d'un «*bonus vir*»

24. Le principe de bonne foi est, selon J.-F. Romain, un principe fondamental qui émane du principe de responsabilité¹⁷⁹. Tous deux puisent leurs racines dans l'impératif éthique et juridique de respect mutuel et de non contradiction. L'idée de l'auteur est la suivante : un sujet de droit est tenu de respecter l'intérêt d'autrui de la même manière qu'il voudrait qu'autrui

¹⁷⁵ X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, op. cit., p. 169, n° 71.

¹⁷⁶ Notons qu'une fois encore, l'un des critères de l'abus de droit — à condition de conférer cette qualité à la méconnaissance de la confiance légitime — s'inscrit dans la conception objective de la faute, mettant l'accent sur la situation de la victime du dommage (comp. avec notre commentaire, *supra*, note 169).

¹⁷⁷ J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe de bonne foi en droit privé*, op. cit., p. 821, n° 358 (nous soulignons).

¹⁷⁸ J.-F. ROMAIN, *ibidem*, pp. 185 et s.

¹⁷⁹ L'auteur considère que «*Le principe de bonne foi est un principe primaire, même s'il émane du principe de responsabilité, ou en constitue une composante essentielle, à côté des normes de prudence et diligence que ce dernier fait naître*» (cf. J.-F. ROMAIN, «Topographie des principes généraux du droit en droit privé, à caractère primaire, secondaire et tertiaire (principes généraux de liberté individuelle, de responsabilité et bonne foi, d'équité, de sécurité juridique, et autres principes liés)», in *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 908, note 16).

respecte le sien, en sorte que si ce sujet adopte un comportement contraire au principe de respect mutuel, et qu'ainsi il ne traite pas les autres avec la même considération que lui-même attendrait de ceux-ci, il sombre dans une «*incohérence de la conscience objective*»¹⁸⁰. Une telle conception implique que le principe de bonne foi complète et affine le standard du «*bonus vir*» en ce sens que toutes les exigences déduites du devoir de bonne foi — ce que l'auteur appelle les «*devoirs fiduciaires*»¹⁸¹ — sont placées sur le même pied que les normes de prudence et diligence. Dans la mesure où les principes — intimement liés — de responsabilité et bonne foi s'inscrivent dans la même logique — celle du respect mutuel, de la non contradiction —, il est pertinent d'apprécier la faute au regard du standard du bon père de famille, normalement prudent, diligent et de bonne foi, replacé dans les mêmes circonstances que celles de l'espèce¹⁸². Ainsi, le principe de bonne foi confère au principe de responsabilité «*un domaine d'application de plus en plus important*»¹⁸³, et entraîne, selon nous, un rétrécissement de la liberté individuelle (contractuelle et extracontractuelle). À l'aune de ces observations, ne convient-il pas de réécrire le critère générique de l'abus de droit comme *l'exercice d'un droit qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente* et de bonne foi¹⁸⁴?

Le Professeur Xavier Dieux expose dans sa thèse que les normes secondaires du droit de la responsabilité que sont les articles 1382 et 1383 du Code civil doivent être appréhendées à la lumière d'une norme primaire qui n'est autre que le respect dû aux attentes légitimes d'autrui. Cette norme primaire est, dans la conception de J.-F. Romain, incarnée par les principes de respect mutuel et de bonne foi, considérés par l'auteur comme dotés d'une portée plus générale, plus fondamentale, mais aussi d'une vertu plus explicative que le critère avancé par X. Dieux. Certes, le cœur de la théorie de J.-F. Romain réside dans cette «*contradiction de la conscience objective*» qui est révélée par la méconnaissance du devoir de bonne foi et de respect mutuel, et qui permet de comprendre en quoi et pourquoi un sujet de droit est en faute. Néanmoins, l'on peut également déceler chez

¹⁸⁰ J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe de bonne foi en droit privé*, op. cit., pp. 182-190 et 829-830.

¹⁸¹ Les devoirs de loyauté, de collaboration, de conseil, de modération,... (cf. *supra* et J.-F. ROMAIN, *ibidem*, pp. 838 et s.).

¹⁸² J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe de bonne foi en droit privé*, op. cit., p. 807, n° 353.1.

¹⁸³ J.-F. ROMAIN, op. cit., in *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, l.c., 2006, p. 908.

¹⁸⁴ Voy. Bruxelles, 22 octobre 1998, *Act. jur. baux*, 2000, p. 142 : Attendu que M. a adopté «*un comportement excédant manifestement les limites de l'exercice normal et de bonne foi de son droit, en raison de la méconnaissance manifeste du droit de modération qui lui incombe*» (nous soulignons).

X. Dieux quelque réflexion qui fait également écho à cette idée d'incohérence¹⁸⁵. Par ailleurs, le D.C.F.R. contient plusieurs dispositions qui prescrivent un «devoir de cohérence» destiné à empêcher une partie d'adopter une conduite qui est en contradiction avec ses déclarations antérieures, avec les actes qu'elle avait préalablement posés, sur foi desquels l'autre partie avait légitimement et raisonnablement pu se fonder¹⁸⁶. C'est la dimension de contrat comme «relation de confiance» qui est ainsi mise à l'honneur¹⁸⁷. Diverses applications de ce principe de «confiance (légitime)» pointées par X. Dieux sont reprises par le D.C.F.R. Néanmoins, l'instrument européen apporte une nuance supplémentaire en ce qu'il rattache explicitement la méconnaissance de ce «devoir de non contradiction» à une hypothèse de manquement au principe de bonne foi : «*Il est en particulier contraire à la bonne foi pour une partie d'agir en contradiction avec ses déclarations ou son comportement antérieurs quand l'autre partie s'est raisonnablement fiée à ceux-ci à son détriment*»^{188 189}.

¹⁸⁵ X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, op. cit., p. 174, n° 72 : «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 leur correspondance avec le sens commun — qui commande l'adhésion, chacun en somme étant 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 comportent envers eux, dans tel contexte déterminé» (souligné par nous).

¹⁸⁶ Voy. D.C.F.R., art. 0:304 : «*No party shall act inconsistently with any prior statements made by the party or behaviour on the part of the party, upon which the other party may legitimately have relied*».

¹⁸⁷ D. MAZEAUD, «Un droit européen en quête d'identité : Les principes du droit européen du contrat», in *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain, colloque du 22 juin 2007*, sous la dir. de R. CABRILLAC, D. MAZEAUD et A. PRÜM, Paris, Société de Législation comparée, 2008, p. 110.

¹⁸⁸ Voy. D.C.F.R., art. 1:103 du Livre I.

¹⁸⁹ Dans sa thèse consacrée aux anticipations légitimes d'autrui, X. DIEUX (op. cit., p. 43, n° 13) relève différents concepts juridiques illustrant le principe de confiance légitime tels «la *rechtsverwerking*», la théorie du mandat apparent, un principe d'interprétation faisant prévaloir la volonté réelle des parties sur la volonté déclarée. Les commentaires figurant sous l'article 1:103 (du Livre I) du Cadre Commun de Référence reprennent ces différents cas d'application, à savoir «*the rule that an apparent authority of a representative which has been established by a principal's statements or conduct will bind the principal to the acts of the representative; and the rule that if a common intention of the parties as to the interpretation of a contract cannot be established, the contract is to be understood according the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances*» (Pour un commentaire des articles du D.C.F.R., voy. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private law — Draft Common Frame of Reference (D.C.F.R.)*, vol. 1, sous la direction de C. VON BAR et E. CLIVE (éds.), Munich, Sellier, 2009, p. 90). La protection des attentes raisonnables est également soulignée au stade de la formation du contrat dans la mesure où l'offrant n'a plus le pouvoir de révoquer son offre lorsque le destinataire était raisonnablement fondé à croire celle-ci irrévocable et s'il a agi sur la foi de l'offre (voy commentaire sous l'article 1:103 précité; compar. Article 4:202 (3) (c) du Livre II : «*La révocation [de l'offre] est sans effet [...] si son destinataire était raisonnablement fondé à la croire irrévocable et s'il a agi sur la foi de l'offre*».

Il convient dès lors d'admettre que les *notions de faute* — en tant que manquement au devoir de cohérence —, *de bonne foi*, et *d'abus de droit* — appréhendé, à tout le moins, par le critère de la confiance légitime, de la *«rechtsverwerking»* — sont *inextricablement liées*.

25. Les concepts de faute et de bonne foi sont liés : certains auteurs ont été d'ailleurs jusqu'à écrire que *«la bonne foi 'objective' n'est rien d'autre qu'un reflet des règles traditionnelles de la responsabilité aquilienne¹⁹⁰»*. Néanmoins, l'adéquation n'est pas totale étant donné que la bonne foi participe d'une logique différente de celle de la faute. C'est précisément en raison de ces divergences de «logique» que la bonne foi présente un intérêt et contribue, complémentirement à la notion de faute, à affiner, corriger et compléter les relations juridiques entre parties. Il est dès lors intéressant de mettre en évidence quelques éléments de comparaison entre les deux concepts.

La bonne foi s'inscrit avant tout dans des relations où doit régner la confiance, l'honnêteté, la solidarité entre deux sujets de droit; elle est dès lors susceptible de couvrir adéquatement d'autres domaines que ceux régis par la «faute»¹⁹¹. L'on ne se posera pas, par exemple, la question de la bonne foi dans le cadre d'un accident de circulation dans la mesure où le lien juridique qui s'établit n'est pas propice à l'application du principe de bonne foi. Les règles de comportement découlant de la bonne foi résultent *«de ce que requiert l'équité, dans une situation de fait donnée, eu égard à la confiance mutuelle que peuvent se porter les parties l'une envers l'autre»*¹⁹².

Toutefois, ces règles de bon comportement découlant de la bonne foi, et donc «des circonstances de fait actuelles, des jugements de valeurs et des besoins sociaux» sont parfois justifiées par référence au comportement du cocontractant normalement raisonnable et prudent. La similitude avec la notion de faute et les règles de responsabilité civile se limite néanmoins à ce stade dès lors que le manquement — «fautif» — aux exigences de la bonne foi est retenu de manière «automatique», abstraction faite des conditions de prévisibilité du dommage ainsi que d'imputabilité (élément moral) qui sont pourtant requises en cas de faute (au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil)¹⁹³. En outre, la condition du lien causal entre la faute et le

¹⁹⁰ J. VAN RYN et X. DIEUX, «La bonne foi dans le droit des obligations», *J.T.*, 1991, p. 290.

¹⁹¹ D. PHILIPPE, *op. cit.*, in *De overeenkomst vandaag en morgen, l.c.*, 1990, p. 551.

¹⁹² D. PHILIPPE, «Rapport belge — La bonne foi dans la formation du contrat», in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIII, Paris, Litec, 1992, p. 72.

¹⁹³ L. CORNELIS (*Principes, op. cit.*, p. 101) précise que le manquement à la bonne foi doit, en matière contractuelle, répondre également aux conditions d'application de la faute contractuelle (imputabilité; manquement à une norme de comportement contractuelle; prévisibilité

dommage, composante essentielle du triptyque de la responsabilité, n'est pas nécessaire pour établir la violation du devoir de bonne foi. Dès lors, la simple violation des règles de bonne foi — et notamment les devoirs de prudence, diligence — donne lieu à une sanction, alors que, en vertu des règles de responsabilité civile, la sanction ne sera justifiée que si les trois éléments du triptyque — faute, lien causal, dommage — sont établis.

Par ailleurs, la bonne foi — et le manquement aux exigences qui en découlent — s'apprécie en fonction de la situation bien particulière des parties, eu égard à la relation juridique spécifique qui est établie en l'espèce, eu égard à la «*relation en question*»¹⁹⁴. À l'inverse de ce contrôle «*in concreto*», la faute est établie par référence au standard — abstrait — du bon père de famille placé dans les mêmes circonstances de fait.

De plus, comme le souligne Ludo Cornelis, la comparaison qui est à l'œuvre dans l'appréciation de la faute, à savoir celle entre le comportement adopté *in concreto* et la conduite de l'homme normalement prudent et diligent, fait de «*chair et de sang*», limite dans une certaine mesure les éléments normatifs qui peuvent être tirés de la norme de prudence. Le contrôle qui est opéré sur base de la bonne foi fait, par contre, peu cas de cette retenue inspirée par la comparaison avec un homme doté «*d'imperfections acceptables*»¹⁹⁵. L'idéal moraliste attaché à la bonne foi semble dès lors se substituer au «*réalisme*» inhérent à la faute¹⁹⁶.

Ensuite, le Professeur Cornelis rappelle que le dessein attribué aux articles 1382 et 1383 du Code civil n'est pas d'imposer des règles de comportement calquées sur celui qu'aurait adopté l'homme normalement prudent et diligent, mais réside davantage dans le fait d'imposer une obligation de réparation dès que leurs conditions d'application sont réunies. À l'inverse, le contrôle opéré sur base de la bonne foi tendrait uniquement à moraliser les rapports sociaux en dictant de nombreuses normes de bon comportement¹⁹⁷. Cette différence doit selon nous être toutefois relativisée. En effet, les règles de la responsabilité civile n'ont-elles pas pour effet d'influencer notre conduite et de nous inciter à poser des comportements prudents, respectueux d'autrui et de leurs intérêts, et ce sous peine d'être sanctionné? Par ailleurs, ne peut-on pas puiser dans les ressources de la

d'un dommage). L'auteur présente les exigences de la bonne foi comme le critère de la faute à l'aune duquel est apprécié tout comportement, au même titre que le standard de «*l'individu normalement prudent et raisonnable, placé dans des circonstances de fait identiques, à qui son comportement peut être imputé*» (*ibidem*, p. 95).

¹⁹⁴ D.C.F.R., art. 1 : 103 du Livre I.

¹⁹⁵ Th. LÉONARD, *op. cit.*, p. 811.

¹⁹⁶ L. CORNELIS, *op. cit.*, in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, l.c., 1993, p. 22, n° 17.

¹⁹⁷ L. CORNELIS, *ibidem*, p. 22, n° 17.

bonne foi afin de réparer les conséquences découlant d'un comportement qui heurte les devoirs émanant dudit impératif?

En outre, les règles de comportement déduites de la bonne foi, qualifiées également d'«incombances», entraînent la perte ou la limitation d'un *intérêt positif*. En d'autres termes, Les exigences de la bonne foi désigneraient des charges, des diligences dont le non-respect exposerait le créancier à la perte ou à la limitation de certains avantages (un droit, une action ou une exception, une liberté), tandis que les règles de la responsabilité civile ne permettent que la réparation d'un *intérêt négatif* ¹⁹⁸.

Il est également possible de distinguer les deux notions sous l'angle du moment d'appréciation de l'acte litigieux. C'est uniquement au moment de l'acte dommageable qu'il convient de se placer pour apprécier l'existence d'une faute et prendre en compte les circonstances «extérieures», tandis que le contrôle reposant sur la bonne foi n'exclut pas la prise en compte des circonstances de fait, des jugements de valeur existant au jour du jugement, et donc au jour de l'appréciation de l'acte blâmé par la bonne foi ¹⁹⁹.

26. Il convient de se demander à présent quel est l'écho que reçoivent ces considérations doctrinales en jurisprudence. La phase de négociation, de conclusion du contrat est, à cet égard, riche d'enseignements.

Au nom de l'impératif de bonne foi, les parties doivent faire preuve de loyauté et de collaboration lors de la période précontractuelle ²⁰⁰. Pour traduire cette même idée, d'autres décisions font appel à l'obligation générale de prudence édictée par l'article 1382 du Code civil ²⁰¹. Les notions de faute et de bonne foi semblent dès lors utilisées indistinctement pour viser une même réalité : le fait de tromper la légitime confiance de l'autre partie ²⁰².

¹⁹⁸ M.-E. STORME, «La bonne foi dans la formation des contrats en droit néerlandais», in *La bonne foi — Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLIII, Paris, Litec, 1992, p. 172, n° 6 : «L'effet typique de la bonne foi n'est pas l'indemnisation d'un intérêt négatif, mais la perte ou la limitation d'un intérêt positif. [...] Dans ce sens la bonne foi (la raison et l'équité) a un effet 'restrictif'».

¹⁹⁹ L. CORNELIS, *op. cit.*, in *Recht halen uit aansprakelijkheid, l.c.*, 1993, p. 23, n° 17.

²⁰⁰ Liège, 24 avril 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1795; J.P. Jumet, 16 décembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 72 : «Attendu, en effet, que [le demandeur au principal] a manqué à son devoir de loyauté qui lui imposait l'obligation de ne pas prolonger la négociation en entretenant de faux espoirs et à son devoir de collaboration qui l'obligeait à agir en sorte que les négociations aboutissent dans des délais raisonnables».

²⁰¹ Comm. Liège, 27 septembre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 298; J.P. Jumet, 16 décembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 72 (précité) : «Attendu que le demandeur [...] a commis une faute consistant en une culpa in contrahendo en s'engageant dans des pourparlers durant lesquels il a laissé croire au défendeur au principal qu'il était disposé à proroger le bail».

²⁰² Comm. Liège, 27 septembre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 298 (précité) : «[...] La faute apparaît surtout comme le fait de créer, sciemment ou par négligence, une fausse apparence de nature à tromper la légitime confiance de l'autre partie».

La phase précontractuelle qui contient les germes d'un contrat futur fait naître une relation juridique qui repose sans aucun doute sur la confiance, et qui est donc propice à une appréciation des actes à l'aune de la notion de bonne foi.

Selon nous, la bonne foi génère des normes de comportement complémentaires à la norme de prudence. Dès lors, considérer comme fautif un acte qui, dans une relation juridique basée sur la confiance, porte atteinte aux normes de loyauté et de collaboration, ne nous semble pas constituer une « erreur de droit »²⁰³. Somme toutes, un manquement à la bonne foi, lorsque celle-ci est amenée à opérer, constitue une faute, mais toute faute ne traduit pas un manquement à la bonne foi. Cette présentation des choses mérite tout de même d'être approfondie.

Tout d'abord, le détour par le droit comparé livre un enseignement intéressant quant aux ressources de la bonne foi. Il s'agit d'un litige, ayant débouché sur un arrêt du *Hoge Raad* du Royaume des Pays-Bas, qui peut se résumer comme suit : l'entreprise de constructions Plas a négocié avec la commune de Valburg l'adjudication de la construction d'une piscine communale. À la demande de la commune, Plas a accompli diverses études et a apporté quelques modifications au projet initialement soumis. Par la suite, la commune a reçu une offre plus avantageuse qu'elle a acceptée. Le juge de première instance accorde à l'entreprise Plas un manque à gagner, autrement dit la perte des avantages qui devaient résulter du contrat projeté²⁰⁴. La décision est réformée en appel. La Cour d'Arnhem a jugé que la responsabilité précontractuelle n'entraîne, le cas échéant, que l'indemnisation des frais exposés — « en pure perte » — qui n'auraient pas été consentis si la relation précontractuelle n'avait pas été établie. Néanmoins, le *Hoge Raad* cassa cet arrêt et décida qu'« *il n'est pas exclu que les négociations sont entrées dans un tel stade que la rupture même de ces négociations doit être jugée, dans les circonstances de la cause, contraire à la bonne foi, parce que les parties pouvaient attendre qu'il en résulterait de toute*

²⁰³ Il semble d'ailleurs que les juges « amalgament » les deux notions dans leurs décisions. Voy. J.P. Jumet, 16 décembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 72 (cité *supra*); Liège, 21 septembre 2006, n° rôle 2005RG820, www.juridat.be; la jurisprudence — examinée *infra* — relative à l'obligation d'information ainsi que celle afférente aux vices de consentement illustrent également cette tendance à recourir concurremment au concept de faute et à celui de bonne foi.

²⁰⁴ Le juge de première instance a octroyé ce manque à gagner pour le motif que « *dans les circonstances de la cause, il n'était pas exclu que le projet Plas était venu à la connaissance d'un tiers concurrent qui pourrait en avoir profité pour soumettre un projet valable à un prix plus intéressant, ne devant plus supporter les frais d'études coûteuses, et que dès lors la commune n'était plus libre d'accepter de nouvelles offres, fussent celles-ci moins coûteuses* » (voy. M.-E. STORME, *op. cit.*, in *La bonne foi — Travaux de l'association Henri Capitant*, l.c., 1992, p. 169, n° 5).

manière un contrat; dans une telle situation il peut y avoir une obligation d'indemniser un manque à gagner»^{205 206}.

Dans son jugement du 27 septembre 2002, le Tribunal de commerce de Liège a dû trancher une affaire similaire²⁰⁷. En l'espèce, il a été jugé que la s.a. Alpro «*a commis une faute en invitant Mio à initier une recherche onéreuse pour le développement d'un nouveau produit, en ne portant pas à sa connaissance qu'elle était mise en concurrence et en la laissant de ce fait exposer des frais que, sinon, elle se serait abstenue d'exposer*». De plus, Alpro a poursuivi son comportement fautif en rompant les négociations à un stade très avancé, à un moment où Mio, compte tenu des recherches déjà effectuées et de l'attitude d'Alpro, pouvait légitimement croire à l'aboutissement proche d'un accord de fourniture. Néanmoins, la juridiction belge se distingue de son homologue néerlandais en ce qu'elle n'indemnise pas le manque à gagner : «*Puisque, lors de la négociation, les parties sont libres de conclure ou de ne pas conclure, la réparation du dommage ne peut consister en la formation du contrat projeté. [...] On ne réparera pas non plus la perte des avantages qui devaient résulter du contrat projeté [...]. Dans ce cadre, la demande de Mio qui s'identifie à une demande d'indemnisation du manque à gagner pendant deux ans ne peut être admise*»²⁰⁸.

Ces deux décisions ont en commun de fonder leur solution sur le critère de la violation de la légitime confiance. Les outils sont cependant distincts : le tribunal belge utilise le concept de faute; la juridiction des Pays-Bas recourt à la notion de bonne foi. Cette nuance revêt en l'espèce de l'importance. La décision hollandaise nous semble, en effet, illustrer de manière symptomatique le rôle correcteur dévolu à la bonne foi en ce sens que l'indemnisation du manque à gagner revient indirectement à rendre obligatoire la convention en gestation. La bonne foi est amenée à restreindre la liberté contractuelle dans le dessein de corriger — et pas seulement de répa-

²⁰⁵ H.R., 18 juin 1982, *N.J.*, 1983, p. 2301, n° 723, considérant point 3.4; la traduction est de M.-E. STORME, *ibidem*, p. 169, n° 5.

²⁰⁶ Pour un commentaire de l'arrêt *Plas/Valburg* ainsi que des décisions de jurisprudence plus récentes au sujet de la rupture des négociations précontractuelles, cons. A. DE BOECK, «De precontractuele fase als ontmoetingsplaats voor buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid: de schade ten gevolge van tekortkomingen tijdens de precontractuele fase nader geanalyseerd», in *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruges, La Charte, 2010, pp. 154-156, n°s 33-37.

²⁰⁷ Comm. Liège, 27 septembre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 298 (précité). En l'espèce, la s.a. Alpro prend contact avec la s.a. Mio en vue du développement d'un nouveau produit de crème glacée. L'entreprise Mio procède à de nombreuses recherches, adresse à Alpro diverses propositions et communique en outre les informations sollicitées par Alpro. Néanmoins Mio se fait évincer par un concurrent et réclame dès lors des dommages et intérêts pour le préjudice subi du fait qu'Alpro confie à une autre société (la s.a. Ijsboerke) le soin de fabriquer le produit qui avait été conçu et développé par elle (Mio).

²⁰⁸ Comm. Liège, 27 septembre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 298.

rer — l'injustice à laquelle, au vu des circonstances de l'espèce, aboutit la rupture des négociations.

Par ailleurs, le principe de bonne foi appliqué au stade précontractuel implique que chaque partie est soumise, dès la phase des pourparlers préliminaires, à une obligation de bonne foi, en vertu de laquelle il doit informer loyalement l'autre partie sur toutes les circonstances déterminantes pour la conclusion du contrat ²⁰⁹. Celui qui omet, délibérément ou involontairement, d'informer son futur contractant de certains éléments de nature à influencer son consentement commet une *culpa in contrahendo* qui, si elle a causé un dommage, engage sa responsabilité sur pied de l'article 1382 du Code civil ²¹⁰. Sur ce point, les notions de faute et de bonne foi semblent — une fois de plus — se télescoper. Toutefois, la notion de bonne foi permet d'adapter la rigueur et la portée de cette obligation d'information en fonction de la nature du contrat, de la qualité des parties et, de manière plus générale, des circonstances particulières qui président à la négociation de la convention. Certains auteurs estiment qu'*«un système dans lequel la correction du contrat serait fondée sur la bonne foi et la loyauté contractuelle impliquerait nécessairement une appréciation de la psychologie des parties. C'est aux magistrats que reviendrait la tâche [...] d'évaluer l'attitude de chaque partenaire, afin de savoir s'il a agi conformément au standard, c'est-à-dire au 'bon contractant'»*. Dès lors, *«il serait raisonnable de craindre que les tribunaux opèrent des distinctions selon la qualité des parties. Il nous paraît prévisible que la jurisprudence ferait en sorte que tous les contractants ne soient pas égaux quant à l'appréciation de leur bonne foi. Aussi est-il probable qu'un consommateur, un salarié ou un assuré sera plus facilement retenu comme étant de bonne foi que son cocontractant, qu'il s'agisse d'un professionnel, d'un employeur ou d'un assureur»* ²¹¹. Cette crainte de voir évoluer la bonne foi au service de la protection de la partie faible apparaît fondée dès lors que la Cour d'appel de Mons, appelée à statuer en matière de contrat de franchise, a décidé que si l'obligation d'informer le futur franchisé s'analyse en une obligation de moyen dans le chef du franchiseur, *«son exécution doit cependant s'apprécier avec une sévérité proportionnelle à la position dominante du franchiseur et au déséquilibre constaté entre les parties en raison de cette position dominante et de leurs savoir-faire respectifs»* ²¹². Le rôle correcteur du principe de bonne foi est — ici aussi — patent.

²⁰⁹ Liège, 24 avril 2001, *R.G.D.C.*, 2004, p. 253.

²¹⁰ Cour trav. Liège, 14 octobre 2008, *R.G.* n° 7.959/2005.

²¹¹ G. PIETTE, *La correction du contrat*, t. I, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 244, n° 466.

²¹² Mons, 26 avril 2007, *R.D.C.*, 2007, p. 1024 (nous soulignons).

L'impératif de bonne foi requiert en outre que les parties, au moment de la conclusion du contrat, se gardent de toute manœuvre dolosive et s'abstiennent aussi de toute lésion qualifiée ²¹³. La particularité de ces vices de consentement — en ce compris la lésion qualifiée d'origine jurisprudentielle — réside dans le fait que leur existence est appréciée *in concreto* en considération des circonstances de l'espèce et des caractéristiques personnelles de la victime «*telles que sa naïveté, son inexpérience, ses compétences particulières*» ²¹⁴. Ainsi, le dol peut résulter du fait de profiter du grand âge et de l'affaiblissement de son cocontractant ²¹⁵, de l'exploitation de sa faiblesse intellectuelle ²¹⁶; la lésion qualifiée révèle, par définition, une situation d'exploitation, par l'une des parties, de l'inexpérience, des besoins, des faiblesses, de l'ignorance,... de l'autre ²¹⁷. L'on reconnaît dans cette méthode d'appréciation éminemment concrète l'une des caractéristiques les plus essentielles de la bonne foi. La faute doit en effet s'affranchir de toute considération relative aux particularités strictement personnelles des parties (de l'auteur de l'acte dommageable, et *a fortiori* de la victime). Néanmoins, il est indéniable qu'un homme normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances, ne va jamais, pour arriver à ses fins, user de manœuvres frauduleuses (dol), ou abuser des faiblesses, de l'inexpérience, de l'ignorance de son cocontractant (lésion qualifiée). Force est de constater qu'en ce domaine, la jurisprudence ne semble pas se soucier de toutes ces distinctions entre les concepts étudiés : «*[Attendu] qu'une partie de la doctrine plus récente fonde [...] la sanction de la lésion qualifiée sur la théorie de la 'culpa in contrahendo' et sur l'article 1382 C.C.; que l'exploitation de l'infériorité du contractant s'analyse en un abus du droit de contracter librement ou encore comme un manquement à l'obligation édictée par l'article 1134, alinéa 3 C.C., en vertu duquel les conventions doivent être non seulement exécutées, mais également conclues de bonne foi*» ²¹⁸.

²¹³ À travers les vices de consentements, la bonne foi joue aussi un rôle de protection de la partie faible.

²¹⁴ C. Goux, «L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaisons», *R.G.D.C.*, 2000, p. 22, n° 16.

²¹⁵ Cass., 5 octobre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 161.

²¹⁶ Bruxelles, 17 février 1989, *J.T.*, 1989, p. 291; Civ. Liège, 14 janvier 1986, *J.L.M.B.*, 1986, p. 108; Civ. Neufchâteau, 30 janvier 1985, *rev. not. b.*, 1986, p. 583.

²¹⁷ Liège, 17 octobre 1996, *J.T.*, 1997, p. 569. L'abus, par l'une des parties, de la position de faiblesse de son cocontractant ne va pas nécessairement de pair avec l'existence de manœuvres. C'est ce qui distingue sans doute la lésion qualifiée du dol. Il faut toutefois reconnaître que la distinction devient «extrêmement ténue» (voy. P. WÉRY, *op. cit.*, 2010, p. 226, n° 243).

²¹⁸ Civ. Bruxelles, 17 mars 1995, *R.G.D.C.*, 1995, p. 507. Voici un exemple supplémentaire — annoncé *supra* (voy. note 203) — d'un «amalgame» des concepts de faute, bonne foi (et abus de droit).

Chapitre 2. — L'article 1382 du Code civil comme fondement de la théorie de l'abus de droit?

Section 1. — Une relation ambivalente entre faute et abus de droit

§ 1. Un critère générique nuancé

27. Selon qu'il intervienne en matière extracontractuelle ou contractuelle, l'abus de droit se voit assigner deux fondements différents : dans le premier cas, il convient de se baser sur l'article 1382 du Code civil; dans le second cas, c'est sur l'article 1134, al. 3 dudit Code que repose la théorie de l'abus. L'attribution d'un fondement légal à l'abus est rendu encore plus malaisée dès lors que, en jurisprudence, bon nombre de moyens sont en outre formulés sous les visas «principe général de bonne foi ²¹⁹» et «principe général prohibant l'abus de droit ²²⁰».

Cette diversité des bases juridiques pour désigner une même réalité corrobore l'idée selon laquelle l'abus de droit puise ses racines dans les notions de faute et de bonne foi et, souligne, une fois de plus, l'interaction entre les différents concepts.

L'on peut néanmoins déceler une constance dans la théorie de l'abus de droit, qui transcende la distinction article 1382/article 1134, al. 3 : il s'agit du critère générique applicable tant en matière extracontractuelle que contractuelle ²²¹. La référence à l'exercice du droit par une personne prudente et diligente semble attester de ce que l'abus de droit est basé sur l'idée de faute (au sens de fait générateur de la responsabilité civile, art. 1382 C. civ).

L'arrêt du 10 avril 1971, formulant pour la première fois le critère générique, était précédé des conclusions du procureur général Ganshof van der Meersch ²²². Ce dernier mettait en exergue les liens étroits entre la responsabilité civile — et plus spécifiquement la faute — et le critère générique développé par la Cour de cassation dans la mesure où il soutenait que «*l'abus de droit répond [...] au critère général de la faute*». Toutefois,

²¹⁹ Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1061; Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, p. 185.

²²⁰ Cass., 16 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 602; Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 244; Cass., 9 mars 2009 *J.T.*, 2009, p. 392; Cass., 20 novembre 2009, R.G. n° C.08.0507.F.

²²¹ Pour rappel, le critère générique est généralement libellé comme suit : «est abusif l'exercice d'un droit qui dépasse manifestement l'exercice dudit droit par une personne normalement prudente et diligente».

²²² Concl. du procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH précédant Cass., 10 septembre 1971, *Arr. Cass.*, 1972, I, pp. 35 à 37; *Pas.*, 1972, I, p. 28 (spécialement pp. 34-35) et note W.G. Cette note signée «W.G.» semble constituer une traduction assez serrée des conclusions du procureur général. Nous constaterons cependant que certains détails figurant dans la version originale ont été «gommés» dans la version française.

l'éminent juriste a témoigné de son souci d'affiner cette conception et s'est attelé à préciser concrètement la nature de la faute constitutive d'un abus de droit. M. Ganshof van der Meersch s'est posé la question de savoir s'il est suffisant de «déterminer l'abus d'un droit par la constatation que, dans l'exercice de celui-ci, le titulaire de ce droit s'est comporté 'avec une légèreté dont se serait gardé tout homme prudent et réfléchi'». Et le procureur d'ajouter que «La constatation répond assurément à la notion de la faute quasi délictuelle [...]. Mais cette faute s'exprime de manière générale; elle justifierait également toutes les fautes aquiliennees. Evite-t-elle, d'une part, le danger d'un subjectivisme excessif et permet-elle, d'autre part, pleinement le contrôle de la Cour?». «Ik vrees van niet»: telle est la réponse que l'auteur émet à l'égard de ses propres interrogations ²²³.

En d'autres termes, pour le procureur, si l'abus de droit traduit l'existence d'une faute, cette dernière n'est, en tant que telle, pas suffisante pour révéler l'abus. Dès lors, seuls certains actes spécifiques sont susceptibles d'être qualifiés d'abusifs et, partant, de fautifs. Le procureur retient, à cet égard, trois types d'abus ²²⁴.

Il semble que la Cour suprême s'est fortement inspirée de l'analyse fouillée de son procureur général. Le terme «manifestement» que contient la formule générique de l'abus reflète en effet les réserves exprimées par l'auteur quant à l'idée d'une adéquation entre la faute (au sens de l'article 1382 du Code civil) et le comportement abusif.

Cette approche est loin de faire l'unanimité. L'équivalence entre la faute et l'abus de droit est, en effet, postulée par un certain courant prétorien : «toute faute dans l'exercice d'un droit est constitutive d'un abus de droit ²²⁵». Tel est

²²³ Concl. du procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH précédant Cass., 10 septembre 1971, *Arr. Cass.*, 1972, I, p. 37. Notons que cette réponse claire ne figure pas dans la traduction française signée W.G.

²²⁴ Le fait d'exercer son droit dans l'intention exclusive de nuire; le fait d'user de son droit sans utilité ou avec un intérêt minime, tout en nuisant à autrui; enfin, le fait d'user de son droit de manière telle que le profit qu'on en retire est sans proportion avec le préjudice qui en découle pour autrui.

²²⁵ R.O. DALCQ, «Examen de jurisprudence (1980 à 1986) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1987, p. 613; R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, «Examen de jurisprudence (1987 à 1993) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1995, p. 553 (nous soulignons). Nous commenterons *infra* cette affirmation doctrinale qui est en réalité plus développée que l'extrait reproduit ci-dessus, mais qui, selon nous, est révélatrice — par l'emploi des termes «toute faute» — de cette tendance doctrinale à l'adéquation entre faute et abus de droit. Voy. la thèse de Th. LÉONARD, (*op. cit.*, pp. 787-788) : l'auteur évoque l'arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 1987 (*Pas.*, 1987, I, p. 1299) — cité également dans le second examen de jurisprudence épinglé dans cette note — qui conforte l'idée d'adéquation entre faute et comportement abusif dès lors qu'il affirme que «la faute de la défenderesse peut consister non seulement dans le fait qu'elle aurait abusé de son propre droit mais aussi dans le fait qu'elle aurait illégalement porté atteinte au droit de propriété du demandeur» (souligné par l'auteur précité).

l'enseignement que l'on peut dégager de divers «examens de jurisprudence» qui, du reste, font état de la controverse ²²⁶.

Dans ce contexte, l'on peut comprendre l'approche — nuancée — du procureur général E. Krings, lequel a indiqué lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 3 septembre 1990 que : «*On constate donc que la Cour a reconnu expressément que, dans certains cas, l'exercice d'un droit peut constituer une faute, que celle-ci soit délictuelle ou quasi délictuelle; ayant ainsi expressément fait appel à la notion de faute, elle a par là même rattaché la solution aux dispositions du Code civil, à savoir les articles 1382 et 1383*» ²²⁷.

§2. Le rejet de l'adéquation entre faute et abus de droit

28. Certains commentateurs (dont principalement Ludo Cornelis) rejettent vigoureusement toute équivalence entre la notion de faute et celle d'abus de droit ²²⁸. Les raisons avancées sont parfois identiques à celles invoquées lors de la comparaison entre faute et bonne foi. Ainsi les conditions relatives à l'existence d'un dommage et d'un lien causal entre la faute et le dommage ne sont pas des conditions d'application de la théorie de l'abus de droit ²²⁹. Ensuite, la théorie de l'abus de droit ne laisse, elle aussi, aucune place à l'imputabilité du comportement à l'auteur du dommage ainsi qu'à la prévisibilité d'un dommage ²³⁰. Par ailleurs, Ludo Cornelis rappelle que le critère générique de l'abus ne fait pas — littéralement — référence au comportement de «l'homme prudent placé dans les mêmes circonstances de fait». L'auteur craint dès lors que l'absence de cet aspect «*zorgt voor bijkomende speelruimte, waardoor normatieve en strengere*

²²⁶ R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, *ibidem*, p. 555 : «Une controverse existe par ailleurs quant au critère de la faute où certains n'admettent pas une adéquation entre le critère général de la faute — l'exercice d'un droit que n'aurait pas effectué un homme prudent et diligent — et celui de l'abus dont le champ d'application serait plus restreint».

²²⁷ E. KRINGS, «Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit», *J.T.*, 1990, p. 548, n° 17 (nous soulignons). La formulation «dans certains cas» ne tranche-t-elle pas avec l'expression «toute faute» vue *supra*?

²²⁸ Les différences relatives aux «modes de sanctions» seront abordées dans un titre distinct (voy. *infra*, n°s 43-46).

²²⁹ L. CORNELIS, *op. cit.*, in *Recht halen uit aansprakelijkheid, l.c.*, 1993, pp. 63-64, n° 50 : «Dit hoeft geen verbazing te wekken, wanneer wordt aangenomen dat het rechtsmisbruik ook voor sanctie vatbaar is zonder dat een causaal verband met schade wordt bewezen». L'auteur nuance toutefois ses propos et admet que, dans certaines hypothèses — en fonction de la sanction visée —, l'exigence du dommage et du lien causal peut être remplie (*cf. infra*, n° 46).

²³⁰ L. CORNELIS, *Principes, op. cit.*, p. 91, n° 52 : «Seul le dépassement manifeste des limites assignées au droit peut en l'occurrence être considéré comme le critère — objectif — de l'abus de droit». L'auteur prévoit néanmoins que la condition d'imputabilité est à l'œuvre dans le cas où c'est l'existence d'une cause de justification qui explique l'exercice du droit : «on ne peut alors considérer que l'intéressé ait exercé son droit» (*ibidem*, p. 91).

beoordelingen mogelijk worden»²³¹. Certes, l'abus de droit constitue, comme la bonne foi, une «*norme ouverte assortie d'une référence à des valeurs*»²³² qui fait la part belle à toutes les circonstances propres de l'espèce. Néanmoins, le fait que l'abus de droit soit constaté à la lumière des faits de la cause ne constitue-t-il pas un garde-fou rappelant au juge de ne pas conclure hâtivement à l'abus de droit sur base de simples considérations à caractère général?

En outre, la doctrine dominante distingue l'abus de droit du concept de faute en ce qu'elle reconnaît au premier une caractéristique d'application particulière : le contrôle marginal²³³.

Il convient dès lors d'approfondir la notion de contrôle marginal et de montrer si, et dans quelle mesure, elle confère à l'abus une spécificité propre. Nous analyserons également à quel type de contrôle et à quel mode d'appréciation sont soumises la faute et la bonne foi (section 2). À la lumière des développements consacrés au contrôle marginal, nous tenterons d'affiner et de compléter la présentation des divergences doctrinales quant à l'idée d'adéquation entre faute et abus de droit (section 3). Nous livrerons enfin notre avis personnel (section 4).

Section 2. — Contrôle complet ou contrôle marginal d'appréciation?

29. Il convient d'emblée d'effectuer l'un ou l'autre rappel important : la théorie de l'abus de droit s'applique aux droits subjectifs dits «*contrôlés*». L'abus vise à sanctionner un usage d'un droit qui, dans des circonstances particulières, révèle le franchissement des «*limites internes*»²³⁴ dudit droit, ce qui traduit la violation de devoirs s'imposant au titulaire de ce droit. D'une part, le droit subjectif, consacré de manière générale par le droit objectif, n'est, dès lors, aucunement «*nié*» par la théorie de l'abus de droit : c'est uniquement l'exercice de ce droit qui est corrigé *in concreto* par la théorie de l'abus²³⁵. D'autre part, le dépassement des limites «*formelles*»,

²³¹ L. CORNELIS, *op. cit.*, in *Recht halen uit aansprakelijkheid, l.c.*, 1993, p. 64, n° 51. Traduction libre : l'auteur craint des lors que l'absence de cet aspect entraîne une latitude supplémentaire débouchant sur des appréciations plus sévères et plus normatives du comportement en cause.

²³² D. PHILIPPE, *op. cit.*, in *La bonne foi — Travaux de l'association Henri Capitant, l.c.*, 1992, p. 74, n° 6.

²³³ Selon L. CORNELIS (*Principes, op. cit.*, p. 89, n° 52), cette technique (le contrôle marginal) serait «*inconciliable avec une application exacte des règles en matière de responsabilité*». Nous constaterons *infra* que d'autres auteurs sont plus nuancés.

²³⁴ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *et al.*, *op. cit.*, p. 751, n° 765.

²³⁵ Th. LÉONARD, *op. cit.*, p. 633, n° 373. L'on raisonne de la même manière en droit hollandais : «*De bepaling van art. 6:2 lid 2 B.W. geeft dan in algemene termen aan, dat een*

«apparentes», ou encore «externes» dudit droit ne relève donc pas de la théorie de l'abus dans la mesure où il constitue une illégalité pure et simple qui sera soumise, le cas échéant, au contrôle complet du juge. On a, en effet, agi sans droit ²³⁶.

Selon une majorité de la doctrine — essentiellement néerlandophone —, l'exigence du «dépassement manifeste des limites de l'exercice normal du droit» imposerait au juge, qui est amené à apprécier l'exercice de ce droit, d'appliquer la technique d'appréciation connue sous le nom de «contrôle marginal» ou «marginale toetsing».

Le concept du contrôle marginal — en provenance des Pays-Bas — nous a été présenté par les écrits de Jan Ronse : le juge doit respecter la liberté d'agir d'un sujet de droit, et ne peut imposer son regard personnel sur l'opportunité de la décision prise, «aussi longtemps que celle-ci ne dépasse pas la marge, en deçà de laquelle des personnes raisonnables peuvent avoir des opinions différentes» ²³⁷. La notion de contrôle juridictionnel marginal implique que le pouvoir d'appréciation revenant au juge est limité : ce dernier ne pourra sanctionner que «les comportements qui sont si manifestement inéquitables que toute personne raisonnable les considérerait comme de toute évidence inéquitable» ²³⁸.

En matière d'abus de droit, l'idée d'un contrôle marginal, ou d'une «appréciation circonspecte» de la faute repose principalement sur les raisons suivantes : d'une part, le droit subjectif place son titulaire dans une position de supériorité, et confère au sujet de droit une liberté d'appréciation des intérêts en jeu ²³⁹; d'autre part, il faut tenir compte de ce que le titulaire agit dans les limites «formelles», «externes» de son droit. De ce fait, le comportement litigieux jouit d'une présomption de légalité que le juge ne pourra renverser «que lorsque l'exercice du droit est à ce point déraisonnable que, sans aucun doute, son intervention aura l'assentiment de l'opinion générale» ²⁴⁰.

wettelijke, gebruikelijke of bedongen regel niet mag worden toegepast en dus niet geldt en omstandigheden waarin het onaanvaardbaar zou zijn hem toe te passen. De regel is daarmee niet nietig, want in andere dan deze bijzondere omstandigheden blijft hij van kracht» (voy. C.J.H. BRUNNER et G.T. DE JONG, *Verbindenissenrecht algemeen*, Deventer, Kluwer, 1999, p. 26 — nous soulignons).

²³⁶ S. STIJNS, *op. cit.*, J.T., 1990, p. 39, n° 3.2.2; L. CORNELIS, *Principes*, *op. cit.*, p. 89, n° 52.

²³⁷ J. RONSE, «Le contrôle marginal des décisions discrétionnaires en droit privé», in *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 407; ID, «Marginale toetsing in het privaatrecht», T.P.R., 1977, p. 207, qui est, en réalité, la version «originale» de la traduction française précitée.

²³⁸ S. STIJNS, *op. cit.*, J.T., 1990, p. 41, n° 3.4.3. Voy. également A. DE BOECK, *op. cit.*, in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze, l.c.*, 2011, p. 137.

²³⁹ S. STIJNS, *ibidem*, p. 42, n° 3.4.6.

²⁴⁰ S. STIJNS et H. VUYE, *op. cit.*, in *Eigendom/Propriété, l.c.*, 1996, p. 108, n° 14.

En somme, le contrôle marginal implique que le juge témoigne d'un esprit de déférence à l'égard des divergences d'opinions que peuvent avoir, dans les mêmes conditions, des sujets de droit également raisonnables. Cette technique est légitime vu la liberté d'appréciation et la liberté de choix du titulaire du droit subjectif. À l'inverse, lorsqu'un droit est suffisamment déterminé et délimité, en sorte que la marge de manœuvre abandonnée à son titulaire est négligeable, le contrôle marginal laisse place au contrôle complet ²⁴¹. Ce «plein contrôle juridictionnel» permet de «*juger de l'opportunité d'un comportement ou d'un acte juridique en se prononçant sur ce que, selon ses propres jugements de valeurs, aurait été l'acte ou le comportement qui s'imposait dans ces circonstances précises*» ²⁴². Selon une partie de la doctrine, seraient soumises à ce contrôle complet non seulement *la faute*, au sens de l'article 1382 du C. civ., — qui se distinguerait de l'abus de droit sur ce point ²⁴³ — ainsi que la *bonne foi* appréhendée sous son aspect «complétif» ^{244 245}.

30. Toutefois, force est de constater que l'acception de la «marginale toetsing» est sujette à controverses. Le critère générique du «dépassement manifeste» peut donner l'impression que le contrôle marginal ne retient que les fautes lourdes, grossières ou graves, et qu'il vise, de la sorte, à rétablir une gradation dans l'échelle des fautes ²⁴⁶. À vrai dire, le critère générique de l'abus de droit n'exige pas que la faute soit manifeste, mais il indique que la faute ne se déduit que de l'exercice manifestement anormal, impru-

²⁴¹ S. STIJNS, *op. cit.*, J.T., 1990, p. 40, n° 3.2.3. Nous reviendrons sur cette idée par la suite.

²⁴² S. STIJNS, *ibidem*, p. 41, n° 3.4.3.

²⁴³ R. SOETART, «Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie», in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Ed. Story-Scientia, 1986, p. 60 : «*Ten aanzien van rechtsmisbruik [...] Sommigen nemen aan dat hier marginaal wordt getoetst, anderen ontkennen dat. Voert men rechtsmisbruik geheel terug tot de zorgvuldigheidsplicht van artikel 1382 B.W., [...] dan lijkt volledige toetsing aanwezig; [...] gaat de rechter over tot afweging van belangen, [...], dan lijkt marginale, d.i. de beperkste toetsing geraden*».

²⁴⁴ F. VERMANDER, «De interpretatie en aanvulling van een overeenkomst naar Belgisch recht», in J. SMITS et S. STIJNS (éd.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 44, n° 4 : «*Daarentegen beschikt de feitenrechter volgens een gedeelte van de rechtsleer over een volledig toetsingsrecht bij beslissingen in het kader van de aanvullende functie van de goede trouw. [...] Bij vage normen, die het voorschrift van de uitvoering te goeder trouw toch wel is, is de volledige toetsing door de rechter overigens de regel*»; W. DE BONDT, *op. cit.*, T.P.R., 1984, p. 124, n° 23. *Contra* : D. PHILIPPE, *op. cit.*, in *La bonne foi — Travaux de l'association Henri Capitant*, 1992, p. 64, n° 30 : «*La bonne foi ne permet qu'un contrôle marginal*».

²⁴⁵ L'effet limitatif de la bonne foi, correspondant à l'abus de droit, reste soumis au contrôle marginal.

²⁴⁶ X. THUNIS, *op. cit.*, Vol. 1, in *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, 2000, p. 29, n° 40; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, «Overzicht van rechtspraak...», T.P.R., 1994, p. 474, n° 193.

dent ou déraisonnable d'un droit : le contrôle marginal ne constitue qu'une «technique d'appréciation»²⁴⁷.

Par ailleurs, pour certains auteurs, l'appréciation marginale «*ne s'écarte en rien*»²⁴⁸ du droit commun de la responsabilité civile et de l'appréciation de la faute quasi-délictuelle. L'explication que ces commentateurs apportent est la suivante : «[...] *Il existe fréquemment non pas un comportement fautif, mais une marge de comportements non fautifs. Le juge doit tenir compte de cette réalité et il ne peut substituer sa propre appréciation à celle du défendeur; il doit vérifier si celle-ci correspond ou non à l'un des comportements qu'aurait pu adopter une personne normalement diligente et prudente placée dans les mêmes circonstances*»²⁴⁹. Même si cet auteur affirme que le caractère «marginal» du contrôle n'est pas déroatoire au critère traditionnel de la faute, il restitue — malgré lui —, selon nous, à l'abus son hypothèse d'application particulière, laquelle permet de faire le départ entre cette notion et le concept de faute : il s'agit de la marge de manœuvre dont dispose le titulaire du droit. Il semble que ce soit la «liberté de choix» qui conditionne la teneur marginale du contrôle : «*Hoe dan ook, onbetwistbaar wordt rechtsmisbruik onderscheiden van de gewone onrechtmatige daad in de zin van artikel 1382 B.W. In de onderstelling dat de betrokkene inderdaad kon kiezen op welke wijze hij zijn recht zou uitoefenen, kan de marginale toetsing plaatsvinden*»²⁵⁰.

31. D'autres auteurs prônent une voie conciliatrice qui permet d'obtenir, selon eux, un résultat tout à fait semblable à celui obtenu par la technique du contrôle marginal : cette autre approche «*réside dans la souplesse de l'obligation générale de prudence et de diligence, c'est-à-dire dans la concrétisation possible du critère abstrait du bon père de famille par les circonstances externes concrètes*»²⁵¹. Parmi celles-ci figurent, notamment, la nature du droit subjectif exercé, son objet, sa «valeur sociale», mais aussi la qualité du lien juridique dans lequel on en use²⁵². Finalement, une même réserve s'imposera au juge dès lors qu'il doit tenir compte de divers élé-

²⁴⁷ S. STIJNS, *op. cit.*, J.T., 1990, p. 43, n° 3.5.2.

²⁴⁸ P.-A. FORIERS, *op. cit.*, R.C.J.B., 1994, pp. 200-201.

²⁴⁹ P.-A. FORIERS, *ibidem*, pp. 200-201.

²⁵⁰ R. SOETART, *op. cit.*, in *Liber Amicorum Jan Ronse, l.c.*, 1986, p. 65. Traduction libre : quoi qu'il en soit, il est incontestable que l'abus de droit se distingue de l'acte fautif au sens de l'article 1382 du Code civil. Dans l'hypothèse où l'intéressé pouvait en effet choisir de quelle manière il exercerait son droit, alors le contrôle marginal pourrait trouver à s'appliquer.

²⁵¹ S. STIJNS, *op. cit.*, J.T., 1990, pp. 43-44, n° 3.5.

²⁵² La concrétisation du critère abstrait par le type de rapport juridique permet de tenir compte des exigences de «solidarité» prégnantes dans les relations contractuelles (voy. S. STIJNS, *ibidem*, p. 44, n° 3.5.6).

ments concrets tels que la marge d'appréciation du titulaire d'un droit et le fait que ce dernier agisse dans les limites formelles de son droit ^{253 254}.

En somme, contrôle complet? Contrôle marginal? La frontière entre les deux est loin d'être claire...

Section 3. — Synthèse des positions doctrinales

32. Il est intéressant de reprendre brièvement les différentes tendances doctrinales qui fondent — chacune à leur manière — l'abus de droit dans les principes de responsabilité civile issus des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Un premier courant assimile totalement la faute (au sens des articles précités du Code civil) et l'abus de droit ²⁵⁵; il ne décèle donc pas de différence notable entre le critère générique de l'abus et la notion de faute : « toute faute dans l'usage d'un droit correspond à un abus de droit ». Les partisans de ce courant ajoutent que les critères spécifiques — intention de nuire, absence d'intérêt raisonnable ou suffisant, disproportion entre l'avantage obtenu et le préjudice causé, ... — constituent autant d'occurrences « *qui révèlent plus facilement la faute* » ²⁵⁶. L'on peut, néanmoins, s'interroger sur la place réservée à ces critères spécifiques. De deux choses l'une : soit ce sont uniquement ces derniers qui permettent de constater la faute commise

²⁵³ S. STIJNS et H. VUYE, *op. cit.*, in *Eigendom/Propriété, l.c.*, 1996, p. 109, n° 14.

²⁵⁴ Dans un autre domaine, celui de la responsabilité des pouvoirs publics, il a été jugé que seulement « *een beslissing die buiten de marge valt waarbinnen naar redelijkheid verschillende beslissingen kunnen worden genomen* » of nog een « *beslissing die van die aard is dat geen enkel redelijk denkende overheidspersoon tot zodanige beslissing zou gekomen zijn* » peut être considéré comme une faute de l'autorité (voy. Anvers, 25 mars 1981, validé par Cass., 8 avril 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 838). A. Van Oevelen n'y voit nullement une illustration du contrôle marginal, mais postule, lui aussi, la concrétisation du critère d'appréciation de la faute, en tenant compte de la situation particulière dans laquelle l'autorité se trouve, et, notamment, du fait que « *de overheid het algemeen belang moet behartigen en daarbij over een zekere beleidsvrijheid moet kunnen beschikken* » (cf. A. VAN OEVELEN, « De toetsing van het overheidshandelen aan de zorgvuldigheidsnorm van de artikelen 1382-1383 B.W. : een volledige of een marginale toetsing? », in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, p. 365, n° 6 et pp. 369-370, n° 9).

²⁵⁵ Ce courant est principalement fondé sur les opinions du traité des Mazeaud (H. MAZEAUD et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 2^e éd., Paris, Sirey, 1934, p. 520, n° 547. Cf. également R. VANDEPUTTE, *Het aquiliaans foutbegrip*, Anvers-Bruxelles, Maklu-Ced.Samson, 1988, p. 40, n° 6 (et voy. les nombreuses références citées); J. VAN RYN et X. DIEUX, *op. cit.*, *J.T.*, 1991, p. 290; Th. LÉONARD, *op. cit.*, pp. 790-792, n° 445. Cons. la récente étude de T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen — Oxford, Intersentia, 2009, p. 181, n° 251 : « *Er valt niet in te zien waarom de feitenrechter voor het vaststellen van rechtsmisbruik een andere beoordelingswijze zou moeten hanteren dan bij andere beweerde fouten. Het hof van cassatie zou de vereiste van de 'kennelijke' overschrijding dus beter laten vallen, omdat art. 1382 B.W. slechts een lichte fout vereist* ».

²⁵⁶ R.O. DALCQ, « Examen de jurisprudence (1980 à 1986) », *R.C.J.B.*, 1987, p. 613.

dans l'usage d'un droit. Dès lors, pourquoi affirmer que «toute faute», tout écart par rapport au standard du bon père de famille est susceptible d'engendrer la responsabilité du titulaire du droit. Soit, ces critères ne sont qu'exemplatifs et n'épuisent pas l'infinie diversité d'actes illicites qui tombent sous le coup de l'abus de droit, en ce sens que d'autres critères spécifiques pourraient ainsi voir le jour. Cette deuxième option, si elle reflétait réellement la pensée de ces auteurs — *quod non* ²⁵⁷ —, ne déforçerait-elle pas quelque peu la spécificité de la théorie de l'abus de droit?

Selon une seconde tendance, il n'y aurait qu'un «*nombre limité de schémas fautifs, qui, seuls, seraient constitutifs d'abus de droit*» ²⁵⁸. Cette conception tient compte, d'une part, de la marge de manœuvre que confère un droit subjectif. D'autre part, en raison de cette marge de libre appréciation du titulaire du droit, une «prudence accrue» s'impose au juge, ce qui se traduit par l'application d'un contrôle marginal sur l'exercice du droit subjectif. Ce deuxième courant reflète très rigoureusement la spécificité apportée par le terme «manifestement» du critère générique.

S. Stijns a développée une troisième voie, conciliatrice des deux précédentes, qui repose sur l'idée d'une concrétisation du critère abstrait du bon père de famille par la prise en compte des circonstances externes concrètes (nature de la relation juridique, marge d'appréciation du titulaire du droit subjectif,...). Nous n'y revenons pas ²⁵⁹.

Enfin, d'autres commentateurs soutiennent que les missions confiées, à la théorie de l'abus de droit, d'une part, au droit commun de la responsabilité, d'autre part, sont bien distinctes, mais complémentaires. La doctrine de l'abus de droit a pour dessein de «*mettre en valeur le véritable sens du droit face à son sens apparent*» ²⁶⁰, c'est-à-dire de faire tomber, au vu des circonstances de l'espèce, le «masque» de légalité formelle du comportement litigieux. Dès lors qu'une «faute» est dévoilée, les règles de la responsabilité civile prennent le relais ²⁶¹.

²⁵⁷ C'est en tout cas le constat que fait, dans sa thèse, Th. LÉONARD (*op. cit.*, p. 792, n° 445) : «*Pourtant, force est de constater que les auteurs qui défendent cette opinion admettent, sous le couvert d'une tentative de systématisation, que seuls quelques critères sont à même de rendre compte de la faute commise dans l'usage d'un droit*».

²⁵⁸ S. DUFRENE, *op. cit.*, J.T., 1985, p. 59, n° 10.

²⁵⁹ Voy. références citées *supra*, n° 31.

²⁶⁰ A. KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 43, n° 87.

²⁶¹ A. KARIMI, *ibidem*, p. 44 : «*L'abus de droit lève l'immunité du titulaire d'un droit contre tous reproches dans l'exercice de ce dernier et la responsabilité civile intervient ensuite pour déclarer responsable ce titulaire du droit pour les dommages qu'il a causés*». Notons que, dans sa thèse, Th. LÉONARD (*op. cit.*, pp. 630 et s.) parvient, lui aussi, à concilier la théorie de l'abus et le droit de la responsabilité civile. Pour cet auteur, la «levée de l'immunité» du titulaire est obtenue par la mise en œuvre du principe de proportionnalité.

Section 4. — Avis personnel

33. Que retenir et que penser de cette abondante littérature doctrinale au sujet des liens entre faute et abus de droit?

Il est indéniable que l'abus de droit constitue une «faute». La spécificité de la notion réside dans le fait que la constatation de l'abus nécessite une «technique d'appréciation particulière» qui tient compte du cadre particulier dans lequel s'inscrit le comportement en cause (existence d'un droit subjectif conférant une liberté d'appréciation à son titulaire,...). Que ce contrôle particulier soit qualifié de complet, de marginal, là n'est pas l'important dès lors que la frontière entre les deux concepts est poreuse, et que, par ailleurs, d'autres «méthodes» permettent de traduire le caractère «manifeste» du dépassement des limites de l'exercice d'un droit par une personne raisonnablement prudente. Pour Th. Léonard, c'est dans la mesure où l'abus présuppose le constat d'une disproportion des intérêts en présence que toute la substance du critère générique (et donc du terme «manifeste») est respectée.

Le débat mérite d'être élargi à la bonne foi. Les différentes fonctions de cette notion permettent, selon nous, de nourrir l'étude de la relation entre faute (responsabilité civile) et abus de droit. Après tout, la «réécriture» du critère générique que nous avons défendue *supra* intègre le concept de bonne foi dans le but de compléter la référence au standard du bon père de famille ²⁶². Ne peut-on pas concevoir que les exigences déduites, notamment, de la bonne foi complétive contribuent à déterminer, de manière plus précise, les contours de l'exercice équitable et raisonnable d'un droit subjectif. Ne perdons pas de vue que plus la sphère d'autonomie conférée par le droit à son titulaire est réduite — ce qui est le cas lorsque la bonne foi complétive est à l'œuvre —, plus l'appréciation de l'usage de ce droit penchera vers un contrôle complet, plutôt que vers un contrôle marginal ²⁶³. Si en outre, la bonne foi dans sa fonction limitative, et la bonne foi dans sa fonction complétive, sont — comme nous l'avons postulé — les deux facettes d'une même médaille, il est difficile de retenir l'enseignement traditionnel selon lequel la première obéit à un contrôle marginal et la seconde est soumise à un contrôle complet.

La technique d'appréciation circonspecte, inhérente à la théorie de l'abus, peut, selon nous, être intégrée d'une autre manière : la force de la motivation au départ des faits. Le juge est ainsi amené à explorer, investiguer

²⁶² Pour rappel, l'abus de droit peut être défini comme suit : «l'exercice d'un droit qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente, diligente et de bonne foi» (nous soulignons).

²⁶³ S. STIJNS, *op. cit.*, J.T., 1990, pp. 43, n° 3.4.7, note 185.

toutes les circonstances de l'espèce pour établir une motivation fouillée et rigoureuse qui laisse transparaître, de manière convaincante, qu'un abus de droit a été commis. E. Dirix a ainsi pu écrire, à propos de la «marginale toetsing», que «*de goede trouw dwingt de rechter immers tot een dergelijk inkleuren van de verhouding tussen de contractanten teneinde te kunnen bepalen welke eisen in het gegeven geval door de goede trouw worden gesteld*»²⁶⁴. De son côté, la Cour de cassation censure un juge du fond qui se contente de faire référence à un cas similaire, et d'émettre des considérations à caractère générale, sans relever les éléments justifiant, *in concreto* que, dans les circonstances de la cause, la personne abuse de son droit²⁶⁵.

La formule d'E. Dirix cadre parfaitement avec notre opinion dans la mesure où elle souligne tant l'influence potentielle de la fonction limitative de la bonne foi, que celle de la fonction complétive : l'expression «*goede trouw*» est utilisée, selon nous, dans son sens le plus général. Il convient, dès lors, d'examiner la relation que l'abus de droit entretient avec la notion de bonne foi à l'œuvre dans ses deux fonctions, et pas uniquement dans son effet limitatif.

En outre, il serait intéressant d'analyser la brillante réflexion de Th. Léonard. L'auteur propose le principe de proportionnalité comme outil technique de résolution des situations d'abus de droit : la disproportion des

²⁶⁴ E. DIRIX, *op. cit.*, R.D.C., 1988, p. 664, n° 6. Traduction libre : la bonne foi exhorte en effet le juge à sonder la relation entre les contractants afin de pouvoir déterminer quelles sont les exigences posées par elle dans le cas d'espèce.

²⁶⁵ Cass., 30 janvier 2003, R.G. n° C.00.0632.F, www.juridat.be. L'on peut constater que, en fonction d'un relevé minutieux des faits pertinents, les juridictions tantôt décèlent un abus de droit, tantôt le rejettent. L'arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 1971 (précité) constitue une belle illustration de nos propos (*cf. supra*, n° 16). De même, dans un arrêt du 16 janvier 1986 (*Pas.*, 1986, I, p. 602), la Cour suprême valide la condamnation d'abus de droit sur base des considérations de fait relevées par le juge du fond : en l'espèce, un locataire demande à quitter les lieux, 6 ans avant l'échéance du bail — pour des raisons professionnelles —, mais offre des compensations raisonnables au bailleur : il présente à ce dernier des candidats locataires et propose en outre une indemnité de 6 mois. Malgré ces propositions, le bailleur s'obstine à demander l'exécution en nature du bail, c'est-à-dire son application pure et simple; il commet de la sorte un abus de droit dans la mesure où la piste de la résolution judiciaire eût été moins préjudiciable pour le locataire et tout aussi avantageuse — vu les compensations — pour le bailleur. La Cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 21 novembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 180) a été confrontée à une situation similaire : un bailleur sollicite la résolution judiciaire du contrat de bail d'une photocopieuse aux torts du locataire qui ne s'acquitte pas de ses paiements de loyers. En l'espèce, la juridiction rejette la prétention du locataire selon laquelle le bailleur aurait abusé de son droit; la Cour fait en effet pencher la «balance des intérêts» en faveur du bailleur dès lors que le locataire n'a fourni aucune proposition constructive permettant à son cointerlocuteur de pallier les inconvénients résultant de cet état de défaut de paiement. En rejetant, sur cette base, l'allégation du locataire, ne peut-on pas concevoir que la Cour dénonce — implicitement — le manquement de celui-ci au *devoir de collaborer* à la bonne fin du contrat? Pour une autre application récente de l'abus du droit d'option (du locataire, en l'espèce), voy. Cass., 6 janvier 2011, R.G. n° C.09.0624.F.

intérêts en cause révèle l'abus. Cette doctrine correspond à notre conception dans la mesure où le constat de cette disproportion est établi à l'aune des faits de la cause. Néanmoins, ne doit-on pas craindre que l'étiquette «disproportion» soit, dans certains cas, collée artificiellement aux faits de l'espèce? Une telle remarque ne peut que renforcer l'obligation de motivation rigoureuse que nous défendons. Par ailleurs nous constaterons que le rôle joué par l'effet complétif de la bonne foi, en matière d'abus de droit — et notamment dans l'inspiration de nouveaux critères de l'abus —, est susceptible de perturber la fonction que Th. Léonard attribue au principe de proportionnalité.

TITRE III. — LA BONNE FOI ET L'ABUS DE DROIT

Chapitre 1. — La fonction limitative de la bonne foi : synonyme de l'abus de droit?

Section 1. — Position de la Cour de cassation

34. L'arrêt de la Cour de cassation du 19 septembre 1983 a — nous l'avons noté — posé un lien entre la fonction limitative de la bonne foi et la théorie prohibant l'abus de droit. Cette décision a suscité un profond débat doctrinal : doit-on transposer les critères bien établis en matière d'abus de droit à la fonction limitative de la bonne foi? Faut-il dès lors considérer que l'atteinte à l'effet limitatif de la bonne foi ne peut être révélée que si le comportement litigieux peut être rattaché à l'un des schémas fautifs de l'abus ²⁶⁶? Ou, à l'inverse, peut-on encore déceler des comportements qui méconnaissent la bonne foi sans être abusifs ²⁶⁷? La question de la relation entre la fonction limitative de la bonne foi et l'abus de droit a été tranchée par la Cour suprême dans un arrêt du 17 mai 1990. Cette dernière affirme qu'une partie ne viole ni l'article 1134, al. 3 du Code civil, ni le principe d'exécution de bonne foi des conventions «*lorsqu'elle fait usage d'un droit qu'elle trouve dans la convention légalement formée, sans qu'il soit établi qu'elle en a abusé*» ²⁶⁸. Cet arrêt, confirmé notamment par la décision du 20 février 1992 ²⁶⁹, a donc sonné le glas d'une quelconque idée d'autonomie de la fonction restrictive de la bonne foi vis-à-vis de la théorie de

²⁶⁶ S. DUFRENE, *op. cit.*, *J.T.*, 1985, pp. 57-59, n^{os} 6 et 11.

²⁶⁷ E. DIRIX, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1988, pp. 665-666, n^o 9; A. VAN OEVELEN et E. DIRIX, «Kroniek», *R.W.*, 1985-1986, pp. 94-95, n^o 43; W. VAN GERVEN et A. DEWAELE, *op. cit.*, in *Liber Amicorum Jan Ronse, l.c.*, 1986, pp. 111-112.

²⁶⁸ Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1061 (nous soulignons).

²⁶⁹ Cass., 20 février 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 549.

l'abus de droit. L'abus de droit se présente dès lors comme le «*critère exclusif de la bonne foi dans sa fonction restrictive*»²⁷⁰. Les auteurs soulignent — *a posteriori* — que c'est dès l'arrêt du 19 septembre 1983 que la Cour suprême entendait établir cette équivalence totale entre les deux théories : l'adéquation des deux notions apparaît dès lors comme un «fil rouge» dans les arrêts de la Cour de cassation²⁷¹.

Section 2. — Réactions doctrinales

§ 1. Une canalisation des effets de la bonne foi par l'abus de droit?

35. L'on déduit, traditionnellement, des arrêts précités de la Cour de cassation l'enseignement suivant : il ne peut être question de violation du principe de bonne foi — *dans sa fonction restrictive* — en dehors d'un cas d'abus de droit²⁷². Un courant doctrinal, commentant l'arrêt du 19 septembre 1983, pointe l'impact, que présente la solution consacrée par la Cour de cassation, sur la fonction *complétive* de la bonne foi. Cette dernière qui impose en effet loyauté et collaboration aux parties «*est destinée à remédier à des hypothèses assez proches des cas d'application du versant contractuel de la théorie de l'abus de droit*»²⁷³. Nous ne pouvons qu'approuver les auteurs qui soulignent la grande proximité entre l'abus de droit et l'aspect complétif de la bonne foi : une partie qui use âprement des prérogatives tirées de sa convention — autrement dit, qui en abuse — manque nécessairement à l'obligation de loyauté et de collaboration qui découle de l'article 1134, al. 3 du Code civil²⁷⁴. La position adoptée par la Cour suprême est innovante : «*Désormais, en présence d'une partie qui use âprement de ses droits contractuels, le juge ne pourra plus se limiter à estimer que l'attitude de cette partie est déloyale et de nature à vider la convention de son contenu. Pour la condamner légalement, il devra constater que l'attitude de l'intéressé répond aux conditions de l'abus de droit*»^{275 276}.

²⁷⁰ S. STIJNS, «La 'rechtsverwerking' : fin d'une attente (dé)raisonnable?», *J.T.*, 1990, p. 689, n° 22.

²⁷¹ S. STIJNS et H. VUYE, *op. cit.*, in *Eigendom/Propriété*, *l.c.*, 1996, p. 117, n° 22.

²⁷² Pour mémoire, notons que L. CORNELIS rejette vigoureusement toute adéquation entre la bonne foi (dans sa fonction limitative) et la théorie de l'abus de droit; (voy. L. CORNELIS, *op. cit.*, in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, *l.c.*, 1993, pp. 61-63, n°s 48 et 49; ID, *Principes*, *op. cit.*, pp. 97-102).

²⁷³ S. DUFRENE, *op. cit.*, *J.T.*, 1985, p. 58, n° 8.

²⁷⁴ S. DUFRENE, *ibidem*, p. 58, n° 8; A. DE BERSAQUES, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1969, p. 524, n° 29.

²⁷⁵ S. DUFRENE, *ibidem*, p. 58, n° 8.

²⁷⁶ Voy. Anvers, 11 février 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 202 : «*Overwegende dat [...] appellant [...] door het niet opvorderen van het saldo van de aannemingssom gedurende niet minder dan 17 jaar [...], hij niet alleen een houding heeft aangenomen waaruit geïntimeerden te goeder trouw hebben kunnen afleiden dat hij zijn eis op betaling van het saldo prijs gaf en hieraan ver-*

Ne peut-on pas déceler, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, une tentative de canaliser les effets de la bonne foi dans le cadre de l'usage d'un droit? Notre opinion rejoint les préoccupations de certains auteurs qui craignent que «*de inkapseling van de regel dat een contract te goeder trouw moet worden uitgevoerd in de theorie van het rechtsmisbruik [...], de rechter onvoldoende middelen biedt om aan de contractspartijen bij de uitvoering van hun overeenkomst de nodige eisen op te leggen*»²⁷⁷. La voie de l'équation entre la fonction limitative — ainsi que complétive — de la bonne foi et la théorie de l'abus de droit qu'a empruntée la Cour de cassation embarrasse certains commentateurs : «*Nous restons perplexes à l'idée que le principe de l'exécution de bonne foi devrait, dans l'application de sa fonction modératrice, se couler nécessairement dans le moule juridique de l'abus de droit car c'est à notre avis faire peu de cas du devoir de coopération entre cocontractants, qui paraît plus exigeant que l'absence d'abus, celui-ci visant un comportement extrême où notamment l'avantage retiré par l'un est disproportionné au regard du dommage subi par l'autre*»²⁷⁸.

§2. Un retour du refoulé?

36. L'on peut partager cette crainte de voir les vertus correctrices de la bonne foi (complétive) bridées par le fait qu'elles ne peuvent s'exprimer — dans l'usage d'un droit — que par l'une des figures de l'abus de droit. Néanmoins, ne peut-on pas considérer, vu l'évolution — et l'objectivisation — des critères de l'abus de droit, que les outils «jetés par la porte» reviennent par la fenêtre? N'assiste-t-on pas, avec l'émergence du critère de la confiance légitime, à un «retour du refoulé»? Ce critère incarne de manière symptomatique le principe de loyauté contractuelle nécessaire

zaakte, doch hij zich ten aanzien van zijn contractpartijen bovendien niet betamelijk gedragen heeft bij de uitoefening van zijn contractuele aanspraken en kennelijk aan zijn loyaliteitsplicht is tekortgekomen» (nous soulignons). Les termes «manifestement déraisonnable» ainsi que l'idée selon laquelle l'entrepreneur «manque clairement à son obligation de loyauté» attestent de ce que l'atteinte aux exigences de la bonne foi — en l'espèce, le devoir de loyauté — est conditionnée, dans le cadre de l'exercice d'un droit, à la constatation d'une des figures de l'abus de droit.

²⁷⁷ R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, «Overzicht van rechtspraak...», *T.P.R.*, 1994, p. 474, n° 193. Traduction libre : l'enfermement de la règle selon laquelle un contrat doit être exécuté de bonne foi dans la théorie de l'abus de droit n'offre pas au juge les moyens suffisants pour imposer aux parties contractantes les exigences nécessaires lors de l'exécution de leur contrat.

²⁷⁸ C. JASSOGNE, «La crise et la notion d'imprévision», *R.R.D.*, 2008, p. 177, n° 2 (nous soulignons). Adde A. VAN OEVELEN et E. DIRIX, «Kroniek», *R.W.*, 1985-1986, pp. 94-95, n° 43 : «*De goede trouw stelt immers hogere eisen. Zo kan niet worden uitgesloten dat van een contractant die onder bepaalde omstandigheden uitsluitend aan het eigen belang denkt, wordt gezegd dat hij te kort komt aan de eisen van de goede trouw, ook al wordt daardoor op de wederpartij geen buitenproportionele last gelegd*».

dans les relations conventionnelles et peut, de ce fait, être rattaché à la bonne foi (complétive). Un arrêt de la Cour d'appel de Liège permet d'illustrer nos propos : en l'espèce, il a été jugé que l'assureur R.C exploitation à qui le sinistre a été très rapidement — dès le lendemain — déclaré et la citation en justice transmise, et qui a participé activement aux côtés de son assuré aux travaux d'expertise, adopte un comportement contraire à la bonne foi en invoquant ultérieurement la prescription de trois ans. La juridiction affirme en effet que «*celui-ci [l'assuré] a dès lors pu considérer que la première appelante [la société d'assurances] qui a reçu sans réagir la citation du 6 octobre 1989 acceptait de couvrir le sinistre; que la légitime confiance du second appellant [l'assuré] a été trompée*». Et la Cour d'appuyer son raisonnement en ajoutant que «*le principe de l'exécution de bonne foi des contrats, inscrit dans l'article 1134, al. 3 du Code civil, sert désormais d'assise à l'idée selon laquelle le lien conventionnel impose aux parties un devoir de collaboration loyale, d'égard aux intérêts d'autrui*»²⁷⁹.

De même, lorsqu'il s'agit de réfuter l'existence d'un abus de droit, par exemple dans le domaine de la résiliation des conventions, les juridictions sont enclines à recourir à des termes typiquement évocateurs des exigences de la fonction complétive de la bonne foi : «*[...] la rupture opérée par la première défenderesse, avec un préavis qui était de nature à permettre à la demanderesse de trouver de nouvelles sources d'approvisionnement en vue de satisfaire utilement sa cliente, est intervenue de manière correcte, loyale, et certainement pas de manière brutale [...]*»²⁸⁰. La Cour de cassation — validant l'interprétation du juge du fond — ne semble pas se référer directement à l'un des critères définis de l'abus de droit : la juridiction aurait pu motiver sa décision en concluant à *l'absence de disproportion* entre l'avantage retiré par l'un et le préjudice subi par l'autre. L'explication réside sans doute dans le fait que la bonne foi pose des exigences plus élevées que celles visées par la théorie de l'abus de droit. Dès lors, qui répond au plus, satisfait au moins... Toutefois, on peut constater l'influence prégnante de ces obligations — issues de la fonction complétive — en matière d'abus de droit.

L'innovation consacrée par la Cour de cassation — notamment dans ses arrêts du 19 septembre 1983 et du 17 mai 1990 — ne bride cependant l'aspect complétif du principe de l'exécution de bonne foi «*que dans la mesure où il est question de condamner une partie qui use âprement de ses droits*»²⁸¹. Dès lors, lorsque l'on ne se trouve pas dans le cadre de l'exercice

²⁷⁹ Liège, 20 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 382 (nous soulignons).

²⁸⁰ Cass., 20 novembre 2009, R.G. n° C. 08.0507.F (nous soulignons).

²⁸¹ S. DUFRENE, *op. cit.*, *J.T.*, 1985, p. 58, n° 8.

d'un droit, le manquement aux obligations de loyauté et de collaboration, qui découlent de l'article 1134, al. 3 du Code civil, sera traité conformément aux règles habituelles du principe de bonne foi — sans passer par le canal de l'abus —. Cette dissociation de régimes n'est-elle pas un peu artificielle? Comme le suggérait P.-A. Foriers, «*Ne doit-on pas enfin considérer simplement qu'indépendamment de tout droit, tout sujet de droit dispose d'une sphère de liberté individuelle qui ne trouve ses limites que dans les dispositions légales ou contractuelles prohibitives ou dans les intérêts légitimes des autres sujets de droit, donc, in fine, dans les règles de la responsabilité civile*»²⁸²? La proposition est intéressante en ce sens qu'elle corrobore, à nos yeux, l'idée selon laquelle tant la fonction modératrice que la fonction complétive de la bonne foi tendent, de manière générale, à limiter cet espace de liberté individuelle dont chacun dispose. Cependant, l'abus de droit se distingue des actes accomplis «sans droit»: dans le cas de l'abus, le sujet de droit bénéficie de certaines prérogatives et cherche à imposer à autrui «une charge particulière»²⁸³. Il convient dès lors de ne pas occulter la spécificité de la théorie de l'abus de droit: marge de manœuvre réservée au titulaire du droit, caractère limité des «schémas fautifs». Le critère de proportionnalité permet d'ailleurs, selon certains auteurs, de rencontrer la teneur de ces particularités. Tentons dès lors de dégager une voie, au départ — et autour — de l'analyse du concept de proportionnalité, qui tienne compte de nos développements personnels: complémentarité et très grande proximité des fonctions complétive et modératrice de la bonne foi, appréciation circonspecte de la faute par le biais d'une motivation convaincante basée sur les faits,...

Chapitre 2. — Le critère de proportionnalité

Section 1. — Un critère venu au premier plan

37. Le critère de proportionnalité occupe une place de premier choix dans l'application de la théorie de l'abus de droit. Émerge alors l'idée d'une intégration de tous les critères spécifiques de l'abus dans la figure de proportionnalité qui apparaîtrait, dès lors, comme un critère générique de la théorie de l'abus de droit. Walter Van Gerven s'est ainsi livré à une comparaison entre le principe de proportionnalité — tel que celui-ci est reçu en droit communautaire et dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme — et les critères de l'abus de droit. Force est de constater

²⁸² P.-A. FORIERS, *op. cit.*, R.C.J.B., 1994, p. 216, n° 19.

²⁸³ P.-A. FORIERS, *ibidem*, p. 217, n° 20.

que ces derniers se coulent dans le moule du triple contrôle qui découle de l'application du principe de proportionnalité, à savoir le test de l'utilité ou de pertinence, le test de nécessité (portant sur le caractère indispensable de l'acte) et, enfin, le test de proportionnalité proprement dit ²⁸⁴. Une position analogue a été défendue par de nombreux auteurs ²⁸⁵. Cette assimilation de tous les critères de l'abus de droit à celui de la proportionnalité a néanmoins été critiquée ²⁸⁶.

38. On attribue la paternité du critère de proportionnalité — en matière d'abus de droit — à André de Bersaques. Ce critère de l'abus vise «*la disproportion flagrante entre le préjudice qu'inflige à autrui une certaine manière d'exercer son droit et le profit que ce mode d'exercice procure au titulaire de ce droit*» ²⁸⁷. Dans la conception de cet auteur, la disproportion traduit l'excès d'égoïsme du titulaire d'un droit subjectif et marque, de ce fait, la méconnaissance de la loi morale et du devoir de solidarité qui en découle. En d'autres termes, la violation d'une règle préexistante — en l'occurrence, la règle morale qui impose un devoir de solidarité, celle qui oblige à prendre en considération les intérêts d'autrui ²⁸⁸ — est à ce point grave qu'elle constitue une faute contractuelle ou quasi-délic-

²⁸⁴ W. VAN GERVEN, «Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux», *J.T.*, 1992, p. 307. La comparaison est opérée sur le terrain de l'abus du droit de propriété : le critère de l'intention de nuire s'identifierait, selon l'auteur, au test de pertinence; le critère de la voie la plus dommageable constituerait une application du critère de nécessité dans la mesure où le titulaire aurait pu user de son droit en causant un préjudice moindre à autrui; enfin, le critère de proportionnalité cadre parfaitement avec le test de proportionnalité proprement dit.

²⁸⁵ P.-A. FORIERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1994, pp. 217-218, n° 21 : l'auteur se demande si ce critère ne permet pas de «*synthétiser tous les cas d'abus de droit*». Il observe par ailleurs que «*la définition de base de l'abus de droit, comme son fondement en matière contractuelle, devrait permettre de tenir compte d'autres idées comme celle de loyauté, de légitime confiance entre cocontractants, etc.*». Toutefois, selon l'auteur, ces considérations n'empêchent pas le critère de proportionnalité de jouer «*dès lors que l'application de ce critère de proportionnalité est inséparable de l'interprétation du droit en cause dans son contexte, notamment conventionnel*». Voy. Y. HANNEQUART, «Le principe de proportionnalité en droit belge», in *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, Liège, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1995, p. 129; cons. la thèse de Th. LÉONARD (*op. cit.*, pp. 819-821 et pp. 832-841) : l'auteur postule, lui aussi, l'assimilation de tous les critères de l'abus de droit à celui de proportionnalité.

²⁸⁶ S. STIJNS et H. VUYE, *op. cit.*, in *Eigendom/Propriété*, l.c. 1996, p. 107, n° 13 : les deux commentateurs admettent que le critère de proportionnalité constitue «*le critère spécifique principal*» mais refusent de lui attribuer la qualité de «critère générique»; J. HANSENNE, note sous J.P. Bruxelles, 20 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1386 : l'auteur dénie l'assimilation entre le critère de l'intention de nuire et celui de la proportionnalité. Notons que Th. LÉONARD affirme, dans sa thèse (*op. cit.*, pp. 840-841), que l'intention de nuire n'est, en tant que telle, pas un critère de l'abus de droit. Le principe de proportionnalité n'est dès lors d'aucune utilité. Le fondement du critère spécifique de l'intention de nuire est plutôt à rechercher dans le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit*.

²⁸⁷ A. DE BERSAQUES, «L'abus de droit», note sous Gand (2^e ch.), 20 novembre 1950, *R.C.J.B.*, 1953, p. 285, n° 21.

²⁸⁸ A. DE BERSAQUES, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1969, p. 508, n° 11.

tuelle ²⁸⁹. Les conclusions du procureur général Ganshof van der Meersch, précédant le fameux arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 1971, font indéniablement écho aux analyses du professeur de Bersaques ²⁹⁰.

Section 2. — La proportionnalité comme critère unique de l'abus de droit dans la thèse de Th. LÉONARD : analyse et réflexions critiques

39. Dans sa thèse, Th. Léonard fait remarquer, à propos de l'arrêt du 10 septembre 1971, que la Cour de cassation ne fait pas tellement appel — via le critère de la disproportion — à la violation d'une règle morale, mais que celle-ci donnerait plutôt à penser que *«la mise en œuvre des critères spécifiques, et principalement la disproportion, est liée au critère traditionnel de la faute»*. Et Th. Léonard de poursuivre : *«Mais quel est ce lien?»* ²⁹¹. L'auteur nous livre sa propre méthode, son «modèle théorique» en vue de répondre à cette délicate question : si l'abus de droit nécessite l'existence d'une «faute», celle-ci ne sera établie que dans certaines situations de faits révélées à l'aide du critère de proportionnalité. L'abus suppose, au travers de la comparaison essentiellement concrète ²⁹² des intérêts en présence, le constat préalable d'une disproportion entre les avantages du titulaire et les dommages de la victime. Le critère de proportionnalité n'est qu'un «instrument de technique juridique ²⁹³» permettant de révéler l'existence, puis la violation d'un devoir de prise en compte des intérêts d'autrui, *«devoir lui-même recherché dans l'idéal de justice et d'équité; exactement comme tout autre devoir de prudence issu de l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil»* ²⁹⁴. La mise en œuvre de la proportionnalité précède l'application des articles du Code civil précités. En effet, la faute apparaîtra dès l'instant où le juge devra considérer que le titulaire d'un droit subjectif normalement prudent, diligent et raisonnablement soucieux des intérêts légitimes d'autrui *«n'aurait pas agi de la même manière que le titulaire du*

²⁸⁹ A. DE BERSAQUES, *op. cit.*, R.C.J.B., 1953, p. 283, n° 18 et p. 285, n° 21.

²⁹⁰ Concl. signées W.G. sous Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 36 : *«La prise en considération de l'intérêt d'autrui dans l'exercice d'un droit par le titulaire de celui-ci a introduit dans l'abus de droit un critère conforme à l'évolution sociale du droit [...]. Ce critère se reflète dans la notion de faute»*.

²⁹¹ Th. LÉONARD, *op. cit.*, p. 827, n° 458.

²⁹² Cette pesée des intérêts peut englober la prise en compte de la valeur abstraite des intérêts en cause dès lors que les seules circonstances de fait ne suffisent pas toujours à éclairer le juge dans sa comparaison concrète (Th. LÉONARD, *ibidem*, pp. 637-648 et 833-835).

²⁹³ Th. LÉONARD, *ibidem*, p. 834, n° 463.

²⁹⁴ Th. LÉONARD, *ibidem*, p. 649, n° 380.

droit subjectif qui a provoqué un dommage disproportionné à l'avantage retiré de l'exercice du droit»²⁹⁵.

40. Ainsi, dans la conception de ce commentateur, la violation du devoir de prendre en compte l'intérêt légitime d'autrui *résulte* du constat de cette disproportion. Certes, cette théorie est tout à fait cohérente et pertinente²⁹⁶. Toutefois, nous nous demandons si l'essor du «nouveau» — plus récent — critère de confiance légitime ne vient pas quelque peu «perturber» cette présentation des choses en ce sens que la méconnaissance du devoir de prise en compte des intérêts légitimes d'autrui est susceptible de *révéler* — en lui-même —, en fonction des circonstances de l'espèce, la disproportion. Cette objection semble cadrer avec notre réécriture de la formule générique de l'abus, ainsi qu'avec nos prises de position antérieures : la frontière entre les fonctions complétive et limitative de la bonne foi est poreuse ; certains critères de l'abus de droit s'inscrivent dans un lien de filiation avec la bonne foi (dans son sens le plus général) ; le critère de la confiance légitime n'est qu'un juste retour du «refoulé».

Nous ne prétendons pas que notre remarque s'applique à tous les cas d'abus basés sur la méconnaissance de la confiance légitime d'autrui, mais nous pouvons trouver illustration de nos propos dans une décision du juge de paix de Tournai du 15 janvier 2003. Dans cette affaire, le défendeur (un bailleur) était confronté à la société wallonne de distribution d'eau qui entendait se prévaloir d'une clause de solidarité conventionnelle afin de le condamner à payer les factures non réglées du locataire (Claude C.). En l'espèce, il a été jugé que la société de distribution d'eau s'est comportée de «*manière fautive*» en ne fournissant pas au défendeur des informations exactes sur le non-paiement desdites factures et en tardant à agir judiciairement contre le défendeur.

«*Attendu qu'ainsi :*

— *alors que monsieur Claude C. avait déjà quitté l'immeuble raccordé et que la demanderesse en était informée, celle-ci a réclamé au défendeur paiement d'une somme de 23,10 euros qui ne pouvait alors que constituer le solde définitif, lui laissant ainsi croire que monsieur Claude C. avait payé*

²⁹⁵ Th. LÉONARD, *ibidem*, p. 653, n° 382.

²⁹⁶ Le modèle de résolution des conflits d'abus de droit développé par Th. Léonard rencontre les diverses spécificités de la théorie de l'abus que nous avons développées, à savoir la marge d'appréciation du titulaire du droit subjectif ou — pour reprendre une expression de l'auteur — «*le souci du respect de l'effet de légitimation a priori du pouvoir issu du droit subjectif*». Ce modèle théorique est en phase avec la tendance — jurisprudentielle — à la «canalisation» des devoirs de la bonne foi par les critères de l'abus de droit ; voy. Anvers, 11 février 1998, décision citée *supra* note 276.

une partie de la somme de 129,30 euros réclamée dans la lettre du 8 décembre 1998;

— *en laissant le défendeur sans nouvelles pendant plus de deux ans et demi, la demanderesse a laissé croire au défendeur que monsieur Claude C. avait apuré l'intégralité de sa dette».*

Et le juge de conclure qu'une telle attitude n'est pas celle qu'aurait eue un cocontractant normalement prudent et raisonnable en sorte que la demanderesse, en invoquant la solidarité conventionnelle, a commis un abus de droit ²⁹⁷.

À l'évidence, c'est le critère de la «confiance légitime» qui est à l'œuvre dans cette décision. Le juge ne raisonne pas en termes de proportionnalité... Nulle trace dans le jugement en tout cas ²⁹⁸. L'on pourrait éventuellement considérer que le fait de déjouer les attentes légitimes d'autrui est «en soi» un acte disproportionné. Dès lors, ne peut-on pas concevoir le principe de proportionnalité comme un «cheval de Troie» — voire comme une étiquette artificielle — qui, sous-tendu par les exigences de la bonne foi, contribue au développement de nouvelles applications d'abus de droit? Après tout, «*la doctrine évolue, sous l'influence des impératifs de la solidarité sociale, vers l'obligation, pour celui qui exerce un droit, d'user de plus de prudence et de plus d'égard pour autrui, à peine d'abuser de son droit*» ²⁹⁹.

Section 3. — Vers l'ébauche d'une nouvelle méthode de résolution des situations d'abus de droit?

41. Diverses décisions de jurisprudence laissent clairement transparaître que les exigences de la bonne foi rentrent en ligne de compte lorsqu'il convient de constater l'existence d'un abus de droit ³⁰⁰. Tenant compte de

²⁹⁷ J.P. Tournai, 15 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2003, pp. 1062-1066 (nous soulignons).

²⁹⁸ Le juge semble fortement lier faute et abus de droit : la référence au cocontractant normalement prudent et raisonnable ne contient pas le terme «manifeste(ment)» inhérent au critère générique de l'abus.

²⁹⁹ Concl. signées W.G. sous Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 36.

³⁰⁰ Civ. Verviers, 16 janvier 1985, *R.R.D.*, 1985, p. 51; J.P. Waremme, 12 novembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 650 : «*Attendu que le droit moderne rencontre les exigences d'équilibre et de justice à travers les développements de la théorie d'abus de droit et du respect de la bonne foi, notamment en matière contractuelle [...]; Attendu [que] cette position de force dans laquelle se trouve la brasserie sur le plan de la connaissance du droit démontre que c'est en pleine connaissance de cause que la brasserie a négligé de répondre au demandeur, sachant qu'elle couvrirait la nullité; [...]* Attendu que les relations commerciales [...] ne peuvent être le lieu d'un champ de bataille juridique où l'on attend la faute stratégique de l'autre pour le mettre en difficulté financière et retirer un avantage hors de proportion avec les conséquences désastreuses dans le chef de son cocontractant; Attendu que toute la philosophie du droit tend à l'instauration d'une obligation générale d'honnêteté, même et spécialement en affaires commerciales».

nos développements antérieurs tentons, à présent, de dégager une méthode permettant de déceler un abus de droit.

Tout d'abord, il convient de partir des faits et d'analyser, à l'aune de toutes les exigences de la bonne foi et de la norme de prudence, tant le comportement du créancier³⁰¹ que celui du débiteur³⁰². Ainsi, il convient d'examiner si celui qui invoque l'abus de droit — le débiteur — se comporte de bonne foi : collabore-t-il à la bonne fin du contrat? Fournit-il au créancier — par exemple, une institution de crédit — des propositions constructives pour maintenir la relation de confiance? D'autre part, il incombe au juge d'analyser le comportement du créancier, de vérifier s'il a, lui aussi, été de bonne foi, s'il a bien satisfait à ses devoirs d'information, de loyauté, de collaboration. Par ailleurs, ce créancier est-il enclin à prendre en compte l'intérêt de son débiteur? Est-il disposé à entendre les éventuelles propositions du débiteur? Si ce dernier livre des solutions constructives que le titulaire du droit rejette en bloc, l'on pourra aisément soutenir que le créancier a emprunté une voie (la) plus dommageable vu que d'autres options lui étaient ouvertes.

Ensuite, il est parfaitement concevable que la balance penche d'un côté ou d'un autre selon le déséquilibre — manifeste — qui s'impose de lui-même, au vu des circonstances concrètes de l'espèce et du comportement adopté par chacune des parties à la relation juridique (contractuelle ou extracontractuelle). On peut constater que le principe de proportionnalité est toujours bien présent au sein de la théorie de l'abus, avec la nuance suivante : la disproportion se dessine au fur et à mesure de la constatation des divers manquements aux exigences de comportement prudent, diligent et de bonne foi; elle apparaît davantage comme un «résultat» que comme un «facteur révélateur» de la violation du devoir de prendre en compte l'intérêt légitime d'autrui.

³⁰¹ Lors de l'appréciation du comportement du «créancier» à l'aune de la norme de prudence, il convient de tenir compte du fait qu'il dispose d'une certaine marge d'appréciation en vertu de son droit subjectif.

³⁰² Cass., 14 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1423; P. VAN OMMESLAGHE, «La Cour de cassation et le droit des obligations conventionnelles», *J.T.*, 2007, p. 660. La prise en compte de l'attitude du débiteur — de la partie qui invoque l'abus de droit — semble essentiellement limitée à la question de savoir si ledit débiteur n'a pas agi «délibérément», de «mauvaise foi», auquel cas, il peut être «déchu» de sa faculté d'invoquer l'abus de droit. Il convient selon nous d'approfondir cette tendance et de mettre dans la balance le comportement du créancier d'une part, et celui du débiteur d'autre part. L'analyse de l'attitude du débiteur se justifie dans la mesure où «*tout droit subjectif est intersubjectif*» (voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, P. COPPENS, C. MOSTIN, «Examen de jurisprudence (1989 à 1998) — Les biens», 2^e partie, *R.C.J.B.*, 2000, p. 299, n° 101. Dans le sens de l'obligation pour le juge de tenir compte du comportement de celui qui invoque l'abus de droit : cf. Cass., 15 mars 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 731; Cass., 25 novembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 7.

Enfin, de cette analyse découlera la faute constitutive d'un abus de droit ³⁰³.

42. Illustrons nos propos à l'aide de la jurisprudence. Il a, par exemple, été jugé qu'abuse de son droit le locataire qui, à l'insu du bailleur, décide de déduire à titre de charge professionnelle vingt pour-cent du loyer relatif à l'immeuble pris en location. En agissant de la sorte, le locataire a placé le bailleur dans l'impossibilité d'établir un avenant au bail enregistré qui lui aurait permis de réduire sa charge fiscale actuelle de 137.571 francs à 27.545 francs. Ce sont non seulement l'éloquence des chiffres, mais aussi — et surtout ³⁰⁴ — les manquements du locataire à son obligation d'information, de loyauté qui permettent de rendre compte de la disproportion entre l'avantage procuré au locataire et les charges corrélatives de l'autre partie. En l'espèce, l'on constate que c'est bien le manquement au devoir d'information du locataire qui entraîne une perte financière importante pour le bailleur dès lors que le bail n'a pas été enregistré. Le constat de la disproportion est en outre alimenté par le fait que le locataire est lui-même propriétaire de nombreux immeubles donnés en location : il est donc «*conscient de l'enjeu*» lié à l'affectation — professionnelle ou privée — du bien ^{305 306}.

³⁰³ La conduite fautive à laquelle on aboutit en fin de processus ne doit pas être comparée à celle qu'aurait eue un autre titulaire de droit subjectif normalement prudent et diligent. C'est lors du premier stade que faute et bonne foi vont concurremment — mais en respectant leurs conditions propres — mettre en évidence l'un ou l'autre manquement aux devoirs véhiculés par ces concepts. L'abus de droit répond donc bien à la notion de faute... et à celle de bonne foi. Après tout, cette dernière s'inscrit dans un rapport de complémentarité à l'égard des normes de prudence et de diligence.

³⁰⁴ Dans la mesure où les comportements, mis en balance, sont analysés à l'aune des concepts de faute et de bonne foi, l'on évite le risque — pointé par P.-A. Foriers — d'une pesée purement arithmétique des avantages de l'un et des inconvénients de l'autre (voy. P.-A. FORIERS, *op. cit.*, R.C.J.B., 1994, p. 218, n° 21).

³⁰⁵ Civ. Liège, 7 février 2000, J.L.M.B., 2000, p. 895 : «*Attendu que [...] les appelants ont abusé de leur droit, d'autant qu'ils auraient aisément pu résoudre la difficulté au prix d'une simple formalité, s'ils avaient fait preuve de la loyauté requise par le principe d'exécution de bonne foi des conventions*».

³⁰⁶ Pour deux autres illustrations, cons. Mons, 10 juin 2002, R.G.A.R., 2003, p. 13780 (décision citée et commentée *supra*, note 97) et Cass., 1^{er} octobre 2010, R.G. n° C.09.0565.N/2 (R.W., 2011-2012, p. 142, note S. JANSEN et S. STIJNS). Dans la première affaire, la Cour a pointé les manquements divers de l'assureur aux devoirs d'information et de collaboration pour en déduire que la compagnie d'assurances, en ne vérifiant le respect par son assuré de la condition du placement d'un système d'alarme spécifique qu'au moment de la survenance d'un sinistre et en refusant la couverture du sinistre, se procure des avantages hors de proportion par rapport aux inconvénients subis par l'assuré. Dans la seconde décision citée, la Cour suprême valide le raisonnement des juges d'appel qui ont considéré que «*le fait pour la demanderesse d'avoir négligé d'adresser ne serait-ce qu'un simple avis aux défendeurs pour leur indiquer que la vente était trop faible ne témoignait pas d'une bonne foi dans son chef et qu'en l'absence de tout avertissement ou même de tout avis et ce pendant presque dix ans, les défendeurs avaient pu estimer en toute confiance et de bonne foi que la demanderesse avait considéré que la convention avait pris fin à l'amiable [...]*» (nous soulignons). À la lumière de ces circonstances, les juges du fond ont

Épinglons une autre décision : dans un arrêt du 23 septembre 2002, la Cour d'appel de Bruxelles réforme le jugement *a quo*, et refuse la qualification d'abus de droit à l'acte de «résiliation» — lisez plutôt *résolution* — d'une convention de crédit hypothécaire que la banque a posé étant donné le défaut de paiement chronique des emprunteurs. La motivation de la décision est intéressante dans la mesure où la juridiction s'est efforcée d'analyser de manière fouillée la position et le comportement de chacune des parties au contrat, pour constater, *in fine*, que l'attitude de l'institution de crédit n'est pas abusive.

Tout d'abord, la banque a accepté de modifier les conditions du crédit en consentant un taux d'intérêt inférieur à celui qui régissait les ouvertures de crédit. Malgré ce geste, les emprunteurs restèrent, de façon constante, en défaut d'honorer leurs engagements.

En outre, la banque a fait preuve de bonne volonté puisqu'elle accepta d'accorder des délais de paiement avant de procéder à la saisie-exécution immobilière. Néanmoins, les clients restèrent en défaut chronique de respecter les échéances de paiement contractuelles.

Enfin, l'institution de crédit a fait savoir qu'elle ne s'opposait pas à la vente de l'immeuble de gré à gré. Toutefois, les emprunteurs n'ont nullement tenté de mettre leur bien en vente de cette façon alors que celle-ci leur permettait de réduire substantiellement leur dette ³⁰⁷.

TITRE IV. — UNE QUESTION TRANSVERSALE : LES SANCTIONS

Chapitre 1. — La notion d'«*Obliegenheit*»

43. Quelle nature juridique convient-il de conférer aux exigences de la bonne foi? Un courant doctrinal récent tend à regrouper différents devoirs déduits de la bonne foi complétive sous le concept d'incombance, d'«*Obliegenheit*», ou encore de «*last*». Selon M. Fontaine, «une *Obliegenheit* est à distinguer d'une pleine obligation juridique [...] en ce sens qu'elle se réfère à une exigence de comportement [...] dont la méconnaissance ne permet pas à l'autre partie de demander ni exécution forcée [...], ni indemnisation du dommage subi. La partie défaillante s'expose seulement à des sanctions plus faibles, qui consistent le plus souvent dans la perte d'une situation juridique favorable ou dans un désavantage juridique particulier. [...]

légalement pu estimer que la demande d'indemnisation du chef de l'insuffisance de la vente de boissons était constitutive d'un abus de droit.

³⁰⁷ Bruxelles, 23 septembre 2002, *R.G.A.R.*, 2003, p. 13774. Voy. également Cass., 17 janvier 2011, *R.G.* n° C. 10.0246.F/8.

L'Obliegenheit a été qualifiée d'obligation de moindre intensité contraignante»³⁰⁸. Au titre du principe de cohérence, une partie ne peut se prévaloir d'un droit si elle n'a pas accompli les «*diligences qui en déterminent l'exigibilité*»³⁰⁹. Ainsi, le devoir d'information³¹⁰, l'obligation de limiter son préjudice³¹¹, et même le devoir de collaboration³¹² sont susceptibles d'être qualifiés d'incombance^{313 314}.

L'abus de droit et le devoir de modération — qui sont les deux faces d'un même problème³¹⁵ — ne peuvent pas non plus être qualifiés de véritable «obligation civile» : l'on ne conçoit pas de condamner le créancier à user de son droit avec mesure³¹⁶.

44. La cohésion des fonctions complétive et limitative de la bonne foi peut être — à nouveau — illustrée au travers des conséquences qui s'attachent au non-respect d'une «*Obliegenheit*». En effet, les incombances générées, le cas échéant, par la fonction complétive de la bonne foi, trouveront, en cas de leur violation, une sanction appropriée dans la fonction limitative de la bonne foi, en ce sens que la partie, sur qui la «charge» repose, sera bridée dans l'exercice de ses droits³¹⁷.

³⁰⁸ M. FONTAINE, «Obliegenheit, incombance?», in *Liber Amicorum Hubert Claassens*, Maklu, Antwerpen, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1998, pp. 154-155.

³⁰⁹ *Principes contractuels communs — Projet de cadre commun de référence*, ouvrage collectif sous la coordination de B. FAUVARQUE-COSSON, vol. 7, Association Henri-Capitant, Paris, Société de législation comparée, 2008, pp. 188-189, n° 47.

³¹⁰ F. VERMANDER, *op. cit.*, R.G.D.C., 2004, p. 581, n° 24; M.-E. STORME, *De invloed van de goede trouw...*, *op. cit.*, p. 206, n° 205.

³¹¹ F. VERMANDER, *ibidem*, p. 581, n° 24; M.-E. STORME, *ibidem*, p. 211, n° 212.

³¹² M.-E. STORME, *ibidem*, p. 207, n° 206 : «*De schuldeiser is verder belast met medewerking bij de uitvoering*».

³¹³ Certaines décisions qualifient des devoirs issus de la bonne foi comme de véritables obligations pouvant donner lieu à la responsabilité contractuelle de la partie défaillante; cf. Mons, 2 juin 2003, R.G.D.C., 2004, p. 571, note F. VERMANDER : «*Lorsque [l'architecte] fait prévaloir ses propres intérêts sur ceux de ses clients, il viole le principe de l'exécution de bonne foi et commet une faute contractuelle à l'égard du maître de l'ouvrage*» (nous soulignons).

³¹⁴ F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Ed. Panthéon-Assas, Paris, L.G.D.J., 2007, pp. 107-118. L'auteur pointe les deux caractéristiques essentielles de l'incombance : celle-ci ne peut faire l'objet d'une action en exécution forcée (en nature) de la part d'un bénéficiaire de l'incombance; en outre le non-respect de l'incombance ne donne pas lieu à réparation. Il nous semble néanmoins contestable d'en conclure que «*la méconnaissance de l'incombance, qu'elle soit de diligence ou de probité, est sanctionnée par la déchéance, peu importe qu'elle ait ou non causé un préjudice à autrui*» (*ibid.*, p. 117, n° 248). En effet, les devoirs de la bonne foi génèrent des sanctions plus variées que la seule «déchéance» des droits de «l'obligé» (voy. *infra*, n° 44).

³¹⁵ P. WÉRY, «Les sanctions de l'abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle», in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 131, n° 4.

³¹⁶ P. WÉRY, *ibidem*, p. 127, n° 5.

³¹⁷ F. VERMANDER, *op. cit.*, R.G.D.C., 2004, p. 581, n° 25 : «*Immers, de niet-naleving van de Obliegenheit, die desgevallend zelf via de aanvullende werking van de goede trouw geformuleerd,*

La sanction de la méconnaissance de la bonne foi (complétive) consiste «*en l'attribution à l'adversaire des avantages sur lesquels il pouvait légitimement compter*»³¹⁸. Sans doute ce dessein conduira-t-il le juge à priver en contrepartie l'acte abusif de ses effets juridiques³¹⁹, ou, à tout le moins, à raboter les prétentions excessives du créancier. Ainsi, le fait d'accorder à l'assuré le bénéfice de la garantie ne revient-il pas à empêcher l'assureur de se prévaloir d'une clause qui aurait pu, le cas échéant — si ce dernier n'avait pas été aussi déloyal —, justifier la non-couverture du sinistre³²⁰? Les exemples sont légion³²¹ : un juge réduira la réparation due à une victime d'un dommage qui a attendu près de douze ans pour diligenter une procédure judiciaire, et qui a, de ce fait, considérablement accru son préjudice : le créancier sera ainsi privé du bénéfice des intérêts moratoires pendant la période correspondant à la durée de sa «volontaire inertie»³²². De même, une banque qui a refusé — abusivement et de manière contraire à la bonne foi — de placer la somme, reçue en guise de gage, afin qu'elle produise des intérêts, sera tenue, afin de réparer le dommage qu'elle a causé, d'appliquer le taux interbancaire sollicité par les liquidateurs³²³.

À la lumière de ces développements, l'on peut formuler l'interrogation suivante : les différentes sanctions rencontrées à travers ces décisions de jurisprudence ne consistent-elles pas à imposer l'exécution en nature du devoir de modération?

Chapitre 2. — Les sanctions de l'abus de droit

45. C'est le 16 décembre 1982 que la Cour de cassation a défini, pour la première fois, cette sanction : «*la sanction d'un tel abus n'est pas la déchéance totale de ce droit, mais seulement la réduction de celui-ci à son*

leidt in bepaalde omstandigheden tot een beperking of matiging van de rechten van de contract-partij op wie de last rust».

³¹⁸ L. CORNELIS, *op. cit.*, in *La bonne foi*, l.c., 1990, p. 62, n° 37.

³¹⁹ S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten. Onderzoek van het Belgische recht getoetst aan het Franse en het Nederlandse recht*, thèse, Anvers-Apeldoorn, Maklu, 1994, p. 432, n° 310 : «*De beteugeling van het rechtsmisbruik moet tot resultaat hebben aan de abusievelijke handeling elk rechtsgevolg wordt ontnomen*».

³²⁰ Voy. Mons, 10 juin 2002, *R.G.A.R.*, 2003, p. 13780 (arrêt précité et commenté *supra*).

³²¹ Cf. Liège, 17 juin 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 714 : l'assureur qui a suspendu sa garantie méconnaît les exigences de la bonne foi s'il n'avertit pas l'assuré que, en dépit des termes et délais octroyés, celui-ci reste privé de la garantie aussi longtemps que la situation n'est pas entièrement régularisée ; ce comportement abusif «*doit trouver sa sanction dans le maintien de la garantie au profit des intimés [assurés]*».

³²² Liège, 4 juin 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1498 ; l'on notera qu'en l'espèce la méconnaissance, par le créancier, de l'obligation de limiter son dommage, constitue un cas d'abus de droit.

³²³ Liège, 13 mars 2007, *R.D.C.*, 2009, p. 33.

usage normal ou la réparation du dommage que son abus a causé»³²⁴. La «neutralisation de l'acte abusif»³²⁵, c'est-à-dire la réduction du droit à son usage normal, en vue de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si cet abus n'avait pas été perpétré³²⁶, peut se manifester de trois manières.

Le pouvoir modérateur du juge peut, premièrement, se manifester par une «réduction mathématique»³²⁷ des prétentions du créancier. Cette sanction trouve, par exemple, à s'appliquer dans le cas de la mise en œuvre d'une clause pénale mettant à charge du débiteur — défaillant — le paiement d'une indemnité forfaitaire : le montant de l'indemnité, dû en vertu de la clause pénale, sera réduit par le juge dans la mesure où la clause «*aboutit [...] en l'espèce à un montant manifestement hors de proportion avec le dommage réel*»³²⁸. Cette sanction de réduction frappera également la clause prévoyant une indemnité de dédit — excessive dans les circonstances de l'espèce — à charge de la partie qui met prématurément fin à la convention³²⁹. C'est également par la voie de la réduction que le juge peut modérer les intérêts compensatoires dus par le débiteur³³⁰.

Le pouvoir de réduction appartenant au juge peut consister dans l'imposition d'un autre remède que celui réclamé par le créancier. Depuis, l'arrêt du 16 janvier 1986 rendu par la Cour de cassation, il est indéniable que l'exercice de l'option prévue par l'article 1184, al. 2 du Code civil est susceptible d'abus : le créancier qui opte pour l'exécution en nature peut abuser de son droit dès lors que «*geen enkele redelijke en zorgvuldige persoon, in dezelfde omstandigheden geplaatst, deze bevoegdheid op die wijze zou hebben uitgeoefend*»³³¹; il se verra dès lors imposer l'autre branche de l'alternative, à savoir la résolution judiciaire.

Enfin, le juge peut, en vertu de son pouvoir modérateur, priver le créancier de se prévaloir ponctuellement d'une clause dans la mesure où la mise en œuvre de cette dernière révélerait, dans les circonstances de l'espèce, un

³²⁴ Cass., 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 472; confirmé par Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 728.

³²⁵ P. WÉRY, *op. cit.*, in *Mélanges Philippe Gérard, l.c.*, 2002, pp. 133-134, n° 6.

³²⁶ A. VAN OEVELEN, «De sanctie van het misbruik van contractuele rechten», *R.W.*, 2001-2002, p. 780.

³²⁷ P. WÉRY, *op. cit.*, in *Mélanges Philippe Gérard, l.c.*, 2002, p. 134, n° 6.

³²⁸ Mons, 11 janvier 1995, *R.R.D.*, 1996, p. 41, note P. WÉRY (nous soulignons).

³²⁹ Civ. Hasselt, 28 juin 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 241.

³³⁰ Liège, 4 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1732; Liège, 4 juin 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1498 (cité *supra*, note 322).

³³¹ K. VANDERSCHOT, «De sanctionering van abusieve partijbeslissingen genomen bij contractuele wanprestatie: de verschillende gedaantes van de matigende werking van de goede trouw», *R.G.D.C.*, 2005, p. 94, n° 10. Traduction libre: aucune personne raisonnable et prudente, placée dans les mêmes circonstances, n'aurait exercé ce droit de cette manière.

abus de droit³³². Cette forme de sanction n'équivaut pas à une déchéance de droit : ladite clause est toujours opérationnelle et pourrait jouer à l'avenir, dans des situations qui ne traduisent pas l'existence d'un abus dans le chef du créancier³³³. Cette méthode de réduction s'applique à diverses clauses contractuelles³³⁴ : la clause pénale³³⁵, le pacte comissoire exprès³³⁶,... Une décision intéressante, rendue par la Cour d'appel de Gand, concernait l'application d'une clause de dédit : en l'espèce, une partie contractante (l'intimée) avait mis fin à un contrat de fourniture et de prêt parce qu'elle estimait de bonne foi y être autorisée en vertu de la loi sur les pratiques du commerce. Se rendant compte que, en tant que commerçant, elle ne jouissait pas d'un tel droit de «rétractation», elle souhaitait poursuivre l'exécution du contrat. L'appelante déclina la proposition de l'intimée et sollicita l'application de la clause de dédit à charge de cette dernière en raison de la rupture prématurée de la convention. La prétention de l'appelante fut jugée abusive et le juge empêcha celle-ci de se prévaloir de la clause en question³³⁷.

Chapitre 3. — Limitation des droits, réparation en nature : des sanctions «passe-partout'»

46. Quiconque engage sa responsabilité (contractuelle ou aquilienne) est tenu de réparer le dommage qu'il a causé par sa faute. Le principe de réparation en nature est-il concevable en matière d'abus de droit? Dans son arrêt du 8 février 2001, la Cour de cassation répond à la question en livrant l'enseignement suivant : «*Attendu que la sanction en cas d'abus de droit lors de l'exercice de droits contractuels consiste à imposer l'exercice normal de ces droits ou à réparer le dommage résultant de cet abus; que lorsque l'exer-*

³³² K. VANDERSCHOT, *ibidem*, p. 95, n° 13 : «[...] *Kan de matigingssanctie ten aanzien van abusieve partijbeslissingen erin besaan dat de partijbeslissers het recht ontnomen wordt om zijn eenzijdige beslissingbevoegdheid uit te oefenen*».

³³³ P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 429, n° 488; l'auteur précise toutefois que la distinction entre la réduction du droit à son usage normal et la déchéance du droit devient fort subtile lorsque la clause n'est appelée à jouer qu'une seule fois.

³³⁴ P. WÉRY, *ibidem*, pp. 431-433, n° 490 : les sanctions de l'abus de droit sont applicables à la mise en œuvre de «*toute clause contractuelle*».

³³⁵ Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 244; cf. *infra*, n° 45.

³³⁶ Voy. Cass., 9 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 392.

³³⁷ Gent, 7 janvier 2008, *D.C.C.R.*, 3/2008, p. 80, note E. TERRYN : «*Appellante heeft aan geïntimeerde géén enkele kans gegeven om zijn juridische dwaling recht te zetten en vooralsnog de overeenkomst uit te voeren. [...] Het hof is derhalve van oordeel dat — gelet op de goede trouw van geïntimeerde [...], het rechtsmisbruik in hoofde van appellante en het feit dat appellante géén enkele prestatie heeft moeten leveren in uitvoering van de overeenkomst — aan appellante het recht moet worden ontzegd zich op het beding [...] te beroepen*» (nous soulignons); cf. *supra*, notre commentaire, note 302.

cice abusif de droits concerne l'application d'une clause contractuelle, la réparation peut consister à priver le créancier du droit de se prévaloir de la clause» ³³⁸.

La Cour semble donc bien recourir à cette «bonne à tout faire» ³³⁹ qu'est la réparation en nature afin de définir les sanctions de l'abus de droit. L'introduction de ce concept en matière d'abus de droit ne nous semble pas de bon aloi.

L'idée de réparation n'apporte, tout d'abord, aucune «valeur ajoutée» à la théorie de l'abus en ce sens qu'elle se borne à viser l'une ou l'autre sanction déjà admise en la matière : priver le créancier du droit de se prévaloir de la clause est une manière de réparer l'abus, c'est-à-dire imposer l'exercice normal du droit ³⁴⁰.

Par ailleurs, la réparation en nature obéit au principe fondamental «d'équivalence quantitative entre le dommage causé par le créancier auteur de l'abus de droit et la mesure prononcée à son encontre» ³⁴¹. Ce principe est-il respecté en matière d'abus de droit? En privant le créancier du bénéfice de telle ou telle clause, le juge accorde-t-il une réparation qui correspond trait pour trait au dommage subi par la victime de l'abus? Il est permis d'en douter.

Enfin, la notion de réparation fait resurgir la question de savoir si l'existence d'un dommage (et du lien causal entre l'abus et le dommage) constituent des conditions d'application de la théorie de l'abus. Ludo Cornelis distingue sur ce point la réduction du droit à son usage normal et la sanction de la réparation des conséquences dommageables de l'abus : si l'exercice du droit n'est pas (complètement) réalisé, alors seule la sanction de la réduction — «*de rechtsbeperking*» — est admissible sans qu'il soit nécessaire de relever un dommage causé par l'abus. À l'inverse, si le titulaire a définitivement exercé son droit, la victime de l'abus peut réclamer une réparation en nature ou par équivalent. C'est uniquement dans cette hypothèse que l'abus contracte, par analogie aux règles de la responsabilité civile, les conditions du dommage et du lien causal ³⁴². P.-A. Foriers estime au contraire que le comportement qualifié d'abus implique en lui-même l'existence d'un dommage. La charge particulière qui doit être «réparée» découle de l'exercice anormal du droit et des *conditions particulières* dans lesquelles le créancier se prévaut dudit droit ³⁴³.

³³⁸ Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 244 (nous soulignons).

³³⁹ P. WÉRY, *op. cit.*, in *Mélanges Philippe Gérard, l.c.*, 2002, p. 147, n° 18.

³⁴⁰ En outre, l'expression «imposer l'exercice normal du droit» ne souligne-t-elle pas l'idée selon laquelle l'abus de droit est sanctionné par l'exécution en nature du devoir de modération?

³⁴¹ P. WÉRY, *op. cit.*, in *Mélanges Philippe Gérard, l.c.*, 2002, p. 139, n° 11.

³⁴² L. CORNELIS, *op. cit.*, in *Recht halen uit aansprakelijkheid, l.c.*, 1993, p. 58, n° 46.

³⁴³ P.-A. FORIERS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1994, pp. 216-217, n° 20.

En somme, le concept de réparation en nature attaché à la problématique des sanctions peut suggérer un rapprochement de la théorie de l'abus des règles de la responsabilité civile qui est, elle aussi, gouvernée par ce principe. Force est toutefois de constater que l'introduction du concept de réparation en nature au sein de la notion d'abus de droit est sujette à critiques, soulève des interrogations, lesquelles ne font que corroborer la complexité des interactions entre les notions de faute, bonne foi et abus de droit...

CONCLUSION

Quelle(s) conclusion(s) tirer des divers enseignements de ce travail? La première consistera sans doute dans l'aveu de ce que la compréhension ainsi que l'évolution des concepts étudiés sont loin d'être achevées. Cette contribution s'ajoute aux nombreuses études consacrées au thème abordé; elle n'a certainement pas la prétention d'apporter une réponse exhaustive à la question de la relation entre faute, bonne foi et abus de droit. Tentons néanmoins de retracer quelques idées forces des pages qui précèdent.

Ne peut-on pas, tout d'abord, concevoir que l'abus de droit s'est érigé en une sorte de «Saint-Bernard» des plaideurs³⁴⁴? C'est par le canal de l'abus de droit (et de ses propres critères) que la *rechtsverwerking* et la théorie de l'imprévision sont «accueillies» en droit belge³⁴⁵. La figure de l'abus de droit ne constitue cependant qu'un pis-aller pour pallier des situations délicates comme le «bouleversement de l'économie contractuelle»: le juge ne peut pas adapter ou modifier les conditions contractuelles; il ne peut que soumettre les prétentions et prérogatives du créancier à son pouvoir «modérateur». Au lieu de tirer sans cesse sur la théorie de l'abus de droit, n'est-il pas préférable de conférer pleinement droit de cité aux concepts d'imprévision et de *rechtsverwerking*, et de donner ainsi au juge les moyens adéquats pour résoudre des situations inévitables?

Par ailleurs, la bonne foi nous semble faire office de «béquille» dans le cadre des liens juridiques. La béquille n'est pas nécessaire pour tout individu, mais n'est destinée qu'à ceux qui, au vu de leur situation, en ont réellement besoin. De même, la bonne foi ne présente un intérêt que dans certaines circonstances; elle est amenée à réguler les relations au sein

³⁴⁴ En ce sens, J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence 1985-1995*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 54, n° 45: «[...] La théorie de l'abus de droit devient, pour certains plaideurs, l'argument du désespoir».

³⁴⁵ Cette même remarque vaut, *mutatis mutandis*, pour l'hypothèse de caducité d'un contrat par disparition de sa cause. Si la voie de la caducité est fermée (cf. Cass., 12 décembre 2008, *J.T.*, 2010, p. 335), les plaideurs peuvent se rabattre sur la théorie de l'abus de droit.

desquelles doivent régner les valeurs qu'elle véhicule, à savoir la confiance, la solidarité, l'honnêteté entre sujets de droit. Comme tout soutien, la bonne foi est adaptée aux attentes et intérêts de la partie préjudiciée. Telle une béquille, la bonne foi est en outre susceptible de soutenir ceux qui sont plus faibles (un consommateur, un assuré, un franchisé) afin de rééquilibrer le rapport dans lequel se trouvent ces personnes en position de fragilité.

Dans le cadre de cet article, nous avons souligné, à de nombreuses reprises, les interactions qui s'exercent entre les fonctions complétive et limitative de la bonne foi ou, en d'autres termes, entre l'effet complétif de la bonne foi et l'abus de droit. Tous deux visent une même réalité et mobilisent des principes indissociables : les exigences de loyauté et de collaboration requises par le rôle complétif de la bonne foi trouvent dans l'impératif de modération un mode d'expression privilégiée. En somme, la lacune pointée par la mise en œuvre d'une des deux fonctions de la bonne foi sera corrigée par l'application de l'autre. Enfin, le principe de confiance légitime corrobore la thèse de la cohésion des deux fonctions précitées : en effet, il constitue non seulement un critère de l'abus de droit, mais il est aussi symptomatiquement révélateur — au vu du libellé de l'article 1:103 du livre I du D.C.F.R. — du devoir de bonne foi, en ce sens qu'il prône le respect des attentes légitimes ainsi que la prise en considération des intérêts de l'autre partie.

L'essentiel de notre réflexion réside dans la réécriture du critère générique de l'abus de droit, sur base de la thèse de J.F. Romain. Selon l'auteur, la bonne foi affine le standard de comportement du «*bonus vir*» : commet dès lors une faute celui qui ne se comporte pas comme un homme normalement prudent, diligent *et de bonne foi* replacé dans les mêmes circonstances externes. La référence au comportement de bonne foi fait — fort logiquement — irruption dans le libellé du critère générique de l'abus de droit que nous proposons ³⁴⁶.

Si l'influence de J.F. Romain semble déterminante, les conceptions de cet auteur prêtent néanmoins le flanc à certaines critiques. Les exigences de la bonne foi peuvent-elles être placées dans le «*même panier*» que les normes de prudence et de diligence? Selon J. Dabin et A. Lagasse, la faute trouve sa source dans une série de règles de bon comportement, à savoir les règles de la vie sociale telles la prudence, la vigilance, ainsi que la *loyauté*... L'on retrouve ainsi, dans une définition de la faute, certaines exigences découlant de la bonne foi. Cette dernière crée des normes de comportement qui, complémentaires aux règles de prudence et diligence, limitent l'espace de

³⁴⁶ Est abusif l'exercice d'un droit qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente *et de bonne foi*.

liberté individuelle du sujet de droit. Les devoirs de loyauté et de collaboration ne viennent-ils pas préciser, dans certaines relations où doit régner la confiance, ce qu'inspire une conduite prudente et diligente? D'ailleurs, force est de constater que, dans le domaine des relations précontractuelles, la méconnaissance du devoir d'information, mais aussi la rupture des négociations, constituent, pour une partie de la doctrine et de la jurisprudence, aussi bien une faute qu'une violation du principe de bonne foi.

Toutefois, il est important de ne pas mettre les exigences de la bonne foi sur le même pied que les normes de prudence et diligence. Le contrôle du respect des règles découlant de la bonne foi est de nature différente par rapport à celui qui prévaut dans le cadre d'une faute, c'est-à-dire lors de l'appréciation d'un comportement au regard de la norme de prudence et de diligence. En effet, s'il semble indéniable que la faute soit soumise à un contrôle «complet», la doctrine est par contre loin d'être unanime sur la question de savoir si la bonne foi est sujette à un contrôle complet ou marginal. En outre, la faute est principalement basée sur un contrôle «abstrait»: elle permet de ne tenir compte que de certaines circonstances externes concrètes: le temps, le lieu, la profession. La bonne foi permet par contre de prendre en considération toutes les circonstances de la cause, même celles qui sont relatives à la personnalité de l'individu comme le niveau d'éducation, de compétence, l'expérience. Les exigences de la bonne foi seront appréciées plus sévèrement à l'égard d'une partie en «position dominante». À l'inverse, le juge peut puiser dans les ressources de la bonne foi pour venir en aide à la partie faible^{347 348}. Enfin, la bonne foi ne peut, au même titre que les normes de prudence et de diligence, affiner le standard du bon père de famille dans la mesure où elle donne naissance à des règles dont le contenu est largement tributaire des attentes et intérêts de l'autre partie à la relation juridique —; il n'est donc pas fait référence à la conduite d'un tiers quelconque, d'un bon père de famille pris *in abstracto*.

Outre ces différences liées à la nature du contrôle, l'on peut retenir deux autres points de divergence. D'une part les remèdes procurés par la notion de bonne foi peuvent se distinguer des solutions apportées par la notion de faute: alors que cette dernière ne peut mener — lorsque les conditions de la responsabilité sont réunies — qu'à la réparation du préjudice subi, la première est pratiquement en mesure de corriger un déséquilibre, en imposant

³⁴⁷ Cf. l'impact des vices de consentement (dol, lésion qualifiée) au cœur desquels gît la notion de bonne foi.

³⁴⁸ Voy. Civ. Liège, 7 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 895 (décision citée *supra*, n° 42): le tribunal s'est montré plus sévère non pas à l'égard du propriétaire, mais à l'égard du locataire dans la mesure où ce dernier était, vu sa situation personnelle, conscient de l'enjeu lié à l'affectation professionnelle ou privée du bien.

l'indemnisation du manque à gagner lié à la rupture des négociations. Par ailleurs, la qualification d'*obliegenheit*, sous laquelle semblent regroupés les devoirs déduits de la bonne foi, confère à ceux-ci un «statut» spécifique qui se traduit par l'application de sanctions distinctes de celles auxquelles peut mener l'existence d'une faute.

En réalité, si nous nous inspirons des réflexions de J.F. Romain, ce n'est pas tant parce que nous endossons l'intégralité de la thèse de l'auteur sur la relation entre faute et bonne foi, mais plutôt pour souligner la pertinence de l'intégration du concept de bonne foi dans l'énoncé du critère générique de l'abus de droit ainsi que pour montrer l'influence déterminante de la bonne foi dans le cadre de l'appréciation de l'abus. La réécriture de la formule générique que nous suggérons tient compte des considérations suivantes : d'une part, la Cour de cassation a établi, dans de nombreux arrêts, le lien entre la fonction restrictive de la bonne foi et l'abus de droit; d'autre part, vu les interactions entre les effets — complétif et restrictif — de la bonne foi, c'est cette dernière toute entière qui est au cœur de la théorie de l'abus de droit. D'ailleurs, la formulation hollandaise du concept d'abus visé à l'article 248 du Livre VI du N.B.W. fait explicitement référence aux exigences de la bonne foi («*redelijkheid*» et «*billijkheid*»). En somme, les développements de J.F. Romain nous ont permis d'élaborer une nouvelle méthode de résolution des situations d'abus de droit. Faute et bonne foi vont concurremment — mais en respectant leurs conditions propres : il ne s'agit pas d'occulter les différences pointées ci-dessus — mettre en évidence l'un ou l'autre manquement aux normes de comportement véhiculées par ces concepts.

La théorie de l'abus de droit est intimement rattachée au critère (principe) de proportionnalité. Nous avons exposé, sur ce point, la thèse de Th. Léonard. Selon l'auteur, c'est seulement du constat préalable de la disproportion que résulte la violation du devoir de prendre en compte l'intérêt légitime d'autrui. Dans notre conception de l'abus de droit, la disproportion se dessine par contre au fur et à mesure de la constatation des manquements aux normes de prudence, diligence, bonne foi; elle apparaît davantage comme un «résultat» que comme un «facteur révélateur» de la violation du devoir de prendre en compte l'intérêt légitime d'autrui. L'on aperçoit donc un *renversement* quant au rôle du critère de proportionnalité entre l'opinion que nous défendons et la doctrine de Th. Léonard. Cet auteur a pour ambition de mettre les «pendules à l'heure» et de souligner avec rigueur les spécificités de la théorie de l'abus. Nos propos, largement étayés par la jurisprudence, révèlent une toute autre méthode bien que nous nous soyons tout autant attachés à relever les particularités de l'abus de droit. Ce renversement ne traduit-il pas une tendance de notre société à

moraliser les rapports juridiques et à protéger — notamment à l'aide des législations «consumentistes» — la partie «faible»? Les craintes, formulées par les auteurs qui se montrent réticents à l'encontre de la notion de bonne foi — en particulier, L. Cornelis —, prennent dès lors, au vu de ce «renversement», une plus grande ampleur. L'abus est supposé être affecté d'un contrôle «circonspect» qui tient compte de la marge de manœuvre du titulaire du droit subjectif. Si cet aspect est parfaitement intégré dans la modèle théorique de Th. Léonard, l'on peut se demander si une telle «réserve»/«prudence» est à l'œuvre en pratique...

L'expression «abus de droit» renvoie-t-elle à un concept substantiel? D'après nous, elle désigne davantage une technique d'appréciation de la conformité de l'exercice d'un droit subjectif aux exigences de la bonne foi, ainsi qu'aux règles de prudence et de diligence. Assurément, la question de l'opportunité du maintien, dans notre système juridique, du concept d'abus de droit mérite d'être posée, dès lors que les dispositions du Cadre Commun de Référence ne font nullement mention de la formule logomachique... Les rédacteurs du D.C.F.R. n'ont pourtant pas ignoré l'idée d'abus de droit; ils l'ont toutefois traitée à l'aide de la notion de bonne foi.