

**Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé,**

par Jean-François ROMAIN, préface de Pierre VAN OMMESLAGHE, Collection de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2000, 1023 p.

Vaste entreprise que l'étude du principe de bonne foi en droit privé! En effet, la bonne foi innerve profondément notre ordre juridique, et l'on peut en trouver d'innombrables applications dans les branches les plus diverses de ce droit. Confinée dans de strictes limites durant plus d'un siècle et demi, la bonne foi a pris, depuis quelques décennies, des proportions de plus en plus vastes. A l'heure actuelle, ce principe demeure encore en pleine expansion, pour reprendre l'expression consacrée par Jean-Luc FAGNART (1), et la tâche de Jean-François ROMAIN ne s'en trouvait que plus ardue.

Parvenir à rendre compte d'une vue d'ensemble des principales applications de ce principe constitue une première source de satisfaction du lecteur. Indépendamment des positions adoptées par l'auteur dans sa thèse, les liens qu'il fait apparaître, au travers du principe de bonne foi, entre des institutions aussi diverses que la responsabilité délictuelle, la fraude paulienne, le dol, les règles de publicité foncière, la cession de créance, la tierce complicité, la fraude à la loi, la lésion qualifiée ou encore, les garanties des vices dans le droit de la vente, rendent compte, s'il en était encore besoin, que les points de contacts entre les concepts fondamentaux de droit privé sont sans nul doute plus nombreux qu'il y paraît à première vue.

Toutefois, l'apport majeur de cette thèse réside assurément dans la théorie construite au départ du principe de bonne foi.

Il paraît aujourd'hui difficile, sinon impossible, de soutenir que la bonne foi ne serait qu'une règle d'interprétation adressée aux juges par le législateur, en vertu de laquelle ils ne pourraient s'en tenir à la lettre des contrats, mais devraient dégager en toute occurrence l'intention réelle des parties. En effet, depuis longtemps, sont assignées à la bonne foi d'autres fonctions, dont l'une des plus marquantes réside sans nul doute dans le devoir de modération dans l'exercice de ses droits subjectifs (prohibition de l'abus de droit). En outre, nombreux sont ceux qui décèlent dans l'énoncé de l'article 1134, alinéa 3 du

(1) J.L. FAGNART, 'L'exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion', note sous Cass., 19 sept. 1983, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 282 et s.

Code civil l'expression d'un principe général de droit, ce que d'autres estiment cependant excessif (2).

Les propos de Jean-François ROMAIN sont encore d'une tout autre ampleur. Après avoir démontré la généralité du principe de bonne foi, il assigne à celle-ci une dimension plus large encore. Selon lui, la bonne foi pourrait constituer un principe originel, dont seraient issues de nombreuses institutions de droit privé. Ainsi, pour prendre les exemples les plus éclairants, le principe de bonne foi constituerait la genèse même des principes d'autonomie des volontés, de liberté contractuelle ou de convention-loi, qui constituent pourtant, selon l'enseignement traditionnel, les fondements ultimes du droit des obligations et des contrats.

S'appuyant sur la tradition historique, ainsi que sur l'analyse approfondie de la pensée juridique contemporaine, l'auteur propose de formuler le principe général de bonne foi de la manière suivante: 'le principe de bonne foi, valant en matière extra-contractuelle et contractuelle, requiert que des personnes normalement prudentes, diligentes et de bonne foi, se comportent entre elles de bonne foi, c'est-à-dire respectent de façon réciproque leur intérêt mutuel, en faisant en sorte que leur intérêt légitime propre soit respecté au même titre que l'intérêt légitime d'autrui, ou - d'un point de vue négatif - en ne portant pas atteinte, de façon manifeste et à la suite d'une faute, à l'intérêt légitime d'autrui' (p. 964, n° 410).

L'élaboration de cette définition est précédée d'une distinction fondamentale, opérée entre la bonne foi subjective, la bonne foi objective à base de faute et la bonne foi objective sans faute. A cet égard, Jean-François ROMAIN opère une remarquable clarification des diverses fonctions du principe général de bonne foi en matière contractuelle, en distinguant selon leur origine: bonne foi subjective, bonne foi objective à base de faute ou sans faute (pp. 837 à 841, n° 366).

La bonne foi subjective consiste dans le respect conscient de l'intérêt d'autrui, de la même manière que nous voudrions qu'autrui respectât notre propre intérêt' (p. 751, n° 318). A l'inverse, la fraude (ou mauvaise foi subjective), consistera dans l'irrespect conscient de l'intérêt d'autrui. La bonne (ou

(2) Voir e.a. *pro*: P. VAN OMMELAGHE, 'Le principe de bonne foi, principe général de droit', *R.G.D.C.*, 1987, pp. 101 et s.; P.-A. FORIERS, 'Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle', note sous Cass., 30 janv. 1992, *R.C.J.B.*, 1994, pp. 189 et s.; *idem*, 'L'apparence', *J.T.*, 1989, p. 545; *contra*: J. PÉLILLEUX, 'Rapport belge. La bonne foi dans l'exécution du contrat', in *La bonne foi*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XLIII, 1992, Paris, Litec, p. 249; L. CORNELIS, 'La bonne foi: aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté', Liège, Ed. du Jeune Barreau, 1990, pp. 17 et s.

mauvaise) foi subjective requiert donc nécessairement un élément intentionnel. Pour apprécier l'existence concrète de ce dernier, l'auteur propose de mettre à la disposition des juges trois tests permettant de déceler la présence d'une faute intentionnelle (tests de l'intention de nuire, de la recherche d'un avantage aux dépens d'autrui et de la non-abstention coupable). Il procède en outre à la construction d'un régime général de la fraude, en découvrant, dans l'ensemble du droit positif, certains principes inédits qui s'y rapportent nécessairement (pp. 768 à 794, n° 332 à 347).

La bonne foi objective à base de faute impose à quiconque de ne pas infliger à autrui un tort que l'on n'aurait pas voulu subir soi-même: dans toute relation juridique, présente ou à venir, il faut prendre en compte la personne d'autrui. La bonne foi objective à base de faute, dont le point de départ est la relation d'égalité et de réciprocité entre sujets de droits, devient ainsi la norme primaire du droit de la responsabilité extra-contractuelle à base de faute. Elle se trouve également à l'origine de la loyauté contractuelle, consacrée par l'ensemble des devoirs fiduciaires qui concourent traditionnellement à la fonction complète de la bonne foi.

Enfin, constatant qu'il existe des situations problématiques où il est indispensable d'opérer la balance des intérêts entre sujets de droit, sans que l'on puisse trouver dans le chef des parties le moindre fait fautif (lequel aurait permis l'application de règles corrigissant l'équilibre rompu), l'auteur consacre ses ultimes recherches dans le domaine de la bonne foi objective sans faute, qui fonderait un principe général d'équité, permettant d'atténuer des situations d'injustice trop criantes. Jean-François ROMAIN découvre des applications de ce principe dans divers mécanismes de droit privé, comme la prohibition du pacte léonin, les théories de l'enrichissement sans cause, de l'imprévision ou des troubles de voisinage ou bien encore, dans la prise en compte, dans la théorie de l'apparence ainsi consacrée, de l'erreur légitime d'autrui.

Toutefois, la recherche de ce principe général d'équité flirte, de l'aveu même de l'auteur (p. 968, n° 410), avec des considérations de philosophie et de psychologie humaine.

Aussi la sagesse recommande-t-elle de ne manier les principes envisagés dans cet ouvrage qu'avec une rigueur particulière, car si l'on se rapproche trop de l'équité et si l'on assigne à celle-ci, au travers d'un principe de bonne foi généralisé à l'extrême, le rôle de référence ultime de l'ensemble des institutions et autres principes fondamentaux de droit privé, ne risque-t-on pas, en fin de compte, d'interpréter ceux-ci au regard de sa propre loi (le sens de l'équité variant nécessairement d'une conscience à l'autre), en créant ainsi un sentiment funeste d'insécurité juridique?

En raison de l'approche scientifique rigoureuse de l'auteur, ce risque a été soigneusement évité dans l'ouvrage ici recensé; permettons-nous d'émettre l'espoir qu'il en demeurera ainsi sous la plume des futurs auteurs en cette matière, qui auront nécessairement le devoir de prendre position par rapport à la théorie construite par Jean-François ROMAIN, qui marque assurément un cap fondamental dans l'évolution des recherches sur le principe de bonne foi en droit privé.

*Benoît KOHL*  
*Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Liège*