

## LA BONNE FOI DANS LA FORMATION DES CONTRATS EN DROIT NEERLANDAIS

RAPPORT PRESENTE A L'ASSOCIATION CAPITANT A L'OCCASION DE SES  
JOURNEES LOUISIANAISES 1992

par le prof.dr. **Matthias E. STORME**, M.A.

Professeur associé aux Universités d'Amsterdam (Pays-Bas), Antwerpen et Leuven (Belgique)

### TABLE

#### I. Le rôle de la notion de bonne foi

1. L'utilisation de la notion de bonne foi dans la formation des contrats
2. Situations dans lesquelles la bonne foi produit des effets
3. Bouleversement du droit des obligations

#### II. La typologie des exigences de la bonne foi : sanctions et fondement juridique

4. Typologie des exigences de la bonne foi du point de vue des sanctions
5. Obligations et devoirs et le dépassement de leur distinction par l'arrêt Plas-Valburg
6. Obligations et charges
7. Règles fondées sur la bonne foi et règles légales

#### III. Le contenu concret des exigences de la bonne foi.

8. Exigences de la raison et de l'équité (lors de l'entrée en pourparlers et pendant les négociations) développées autour des notions d'erreur et de malentendu
9. Exigences de la raison et de l'équité (lors de l'entrée en pourparlers et pendant les négociations) développées autour des notions de menaces, dol et abus de circonstances
10. L'obligation de ne pas négocier ou de ne pas continuer des pourparlers et les obligations de renseignement comparables
11. L'obligation de continuer les obligations, les obligations analogues, et leurs sanctions
12. Autres exigences de la raison et de l'équité (règles de bon comportement) lors de l'entrée en pourparlers et pendant les négociations
13. Les exigences de la raison et de l'équité lors de la non-conclusion d'un contrat par suite de la rupture des négociations
14. Contenu des exigences de la raison et de l'équité lors de la conclusion d'un contrat
15. Effets des exigences précontractuelles de la raison et de l'équité lorsqu'un contrat a été conclu

#### IV. Fondements juridiques et autres questions théoriques

16. Quelques remarques supplémentaires concernant les fondements juridiques
17. L'aménagement contractuel des exigences de la bonne foi par des conventions ou clauses

## PREMIERE PARTIE. LE ROLE DE LA NOTION DE BONNE FOI.

1. L'UTILISATION DE LA NOTION DE BONNE FOI DANS LA FORMATION DES CONTRATS - En son arrêt du 15-11-1957<sup>1</sup>, le Hoge Raad der Nederlanden a considéré, à l'occasion d'un cas d'erreur, que :

"par le fait d'entrer en négociations concernant la conclusion d'un contrat, les parties se trouvent l'une à l'égard de l'autre dans une relation juridique particulière régie par la bonne foi, dont il résulte qu'elles sont tenues de laisser guider leur comportement aussi par les intérêts légitimes de l'autre partie".

Cette prise de position du Hoge Raad implique que la notion de bonne foi dite "objective"<sup>2</sup> - depuis le 1-1-1992 (entrée en vigueur du nouveau code civil, "NBW") remplacée par celle des "exigences de la raison et de l'équité"<sup>3</sup>, ne joue pas seulement au moment de l'exécution des contrats, mais dès leur formation, dès le début des négociations, ainsi que lors de la détermination du contenu et des modalités d'exécution des obligations contractuelles. Bien que le NBW n'ait finalement pas repris l'art. 6.5.2.8a du projet<sup>4</sup>, nul ne doute que cette doctrine reste de vigueur. Elle est partiellement confirmée par le nouvel art. 6:2 NBW, qui stipule que tout créancier et tout débiteur (et non seulement les parties aux contrats) sont tenus de se comporter l'un envers l'autre suivant les exigences de la raison et de l'équité<sup>5</sup>, ce qui implique que cette bonne foi objective concerne la détermination du contenu et des modalités de toute obligation, d'origine contractuelle ou non (pour les conséquences de cette conception, voy. sous le n° 16 la relation de la notion avec celle d'abus de droit).

---

<sup>1</sup> HR 15-11-1957, *Baris c. Riezenkamp, NJ* (Nederlandse jurisprudentie) 1958, 67 obs. L.E.H. RUTTEN, 7. AA (Ars aequi), 103 obs. W.C.L. van der GRINTEN. NB. La plupart des arrêts cités se trouvent également dans BOSKAMP & CAHEN, *318 arresten over burgerlijk en handelsrecht*, Arnhem, Gouda Quint 1991.

<sup>2</sup> "Treu und Glauben" en allemand, à distinguer de la bonne foi dite subjective ("guter Glauben" en allemand). Pour la relation entre les deux notions, voy. surtout P. van SCHILFGAARDE, "Over de verhouding tussen de goede trouw van het handelen en de goede trouw van het niet weten", in *Goed & trouw, Opstellen aangeboden aan prof. mr. W.C.L. van der Grinten t.g.v. zijn afscheid als hoogleraar aan de K.U. Nijmegen*, Zwolle, Tjeenk Willink 1984, p. 57 suiv., ainsi que le rapport de Mme. D. HAGENAARS, "La bonne foi dans l'exécution du contrat, rapport néerlandais", *infra*. La bonne foi subjective est définie par l'art. 3:11 nouveau C.C. et requiert non seulement l'absence de connaissance des faits ou du droit sur lesquels doit porter sa bonne foi, mais aussi que cette personne ne devait pas les connaître. Cette disposition y ajoute que l'impossibilité de vérifier n'empêche pas celui qui avait de bonnes raisons de douter soit assimilé à une personne devant connaître. Pour la définition de la raison et de l'équité, voy. au texte n° 4. (Pour la traduction des dispositions légales, nous avons employé surtout l'édition trilingue de MacKaay & Haanappel, *Nouveau code civil néerlandais. Le droit patrimonial*, Deventer, Kluwer 1990).

<sup>3</sup> Voy. le rapport de Mme. D. HAGENAARS, *infra*., question 1.

<sup>4</sup> Art. 6.5.2.8a. du projet NBW : "Des parties qui négocient doivent également laisser guider leur comportement par les intérêts légitimes de l'autre partie. Chaque partie est libre de rompre les négociations, à moins que cela ne soit inacceptable à cause de la confiance légitime de l'autre partie à la conclusion d'un contrat ou des autres circonstances de la cause". La formule a été reprise littéralement par le Hoge Raad dans son arrêt du 23-10-1987 VSH c. Shell, *NJ*, 1017 obs. C.J.H. BRUNNER. L'article n'a finalement pas été codifié pour donner préférence à un développement juridictionnel de la question.

<sup>5</sup> Pour plus de détails, voir également le rapport de Mme. D. HAGENAARS, *infra*.

2. SITUATIONS DANS LESQUELLES LA BONNE FOI PRODUIT DES EFFETS - La formule précitée du Hoge Raad, bien que l'application qui en ait été faite dans l'arrêt Baris-Riezenkamp ne soit peut-être pas révolutionnaire (il s'agissait de la règle selon laquelle un défaut de vérification ne peut être invoqué par celui qui a fourni les informations qui ont induit en erreur), a bouleversé les règles sur la formation des contrats et même tout le droit des obligations.

En effet, cette formule de base a permis à la jurisprudence d'attribuer des effets juridiques à la notion de raison et d'équité (bonne foi objective) aussi bien :

- 1° lorsqu'un contrat n'est pas conclu (par suite de la rupture des négociations ou à cause d'autres circonstances) (*infra* n° 13);
- 2° afin de décider si un contrat est conclu ou non (spécialement ce qui est communément appelé<sup>6</sup> la "discordance entre déclaration et volonté" - erreur-obstacle, etc., *infra* n° 8, mais également celle de savoir si les déclarations contiennent tous les éléments nécessaires à la conclusion du contrat<sup>7</sup>);
- 3° lorsqu'un contrat est conclu, mais annulé ou susceptible d'annulation (pour erreur (*infra* n° 8), dol ou abus de circonstances (*infra* n° 9), ou même pour contravention à une loi impérative - au moins en ce qui concerne les effets de l'annulation quant aux transactions du passé (*infra*, n° 15 b);
- 4° lorsqu'un contrat est conclu et maintenu, pour la détermination de son contenu et de ses modalités. Ainsi, la manière dont un contrat s'est formé et le comportement des parties lors de cette formation jouent un rôle p. ex.:
  - en cas d'annulabilité (*infra*, n° 15 b);
  - en cas de maintien d'un contrat malgré une "discordance entre volonté et déclaration" (*infra*, n° 8), et plus généralement pour l'interprétation des contrats, p. ex. pour l'interprétation des garanties données concernant les qualités de l'objet, etc. (*infra* n° 15 c);
  - en cas de maintien d'un contrat, afin de a) juger si l'appel fait à une clause, bien qu'elle soit en principe licite, n'est pas contraire à la raison et à l'équité (bonne foi objective) dans les circonstances de la cause - la manière dont la clause ayant été stipulée étant une de ces circon-

---

<sup>6</sup> La distinction entre l'erreur et l'absence de volonté ou erreur-obstacle est traditionnelle dans la doctrine néerlandaise, comme elle est traditionnelle dans la doctrine de la plupart des pays européens (inventée par F.C. von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, app. VIII, 34). R. SACCO & G. di NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Pietro Rescigno, T. X, 2, Torino, UTET 1983, p. 113 suiv., ont démontré que cette distinction doctrinale n'est nulle part réellement suivie par la jurisprudence (et qu'elle a p. ex. considéré cette nullité comme relative, la où logiquement elle devrait être absolue) (NB. le droit néerlandais ne connaît pas la distinction française entre nullité absolue et nullité relative, mais distingue entre nullité et annulabilité, distinction comparable mais pas égale). A la différence du code civil italien (art. 1433), le NBW traite les deux questions séparément, sous l'influence de la doctrine de MEIJERS (voy. les artt. 3:34-35 et 6:228). Mais si l'on analyse bien la jurisprudence et notamment les critères qui y ont été développés sous l'égide de la bonne foi, l'on doit constater, à notre avis, que SACCO a raison. Comp. aussi G. ROUHETTE, "La force obligatoire du contrat, rapport français", *Le contrat aujourd'hui. Comparaisons franco-anglaises*, Paris, L.G.D.J. 1987, 27, 30 n° 4 c; J. DABIN, "Erreur inexcusable et nullité des conventions", *Etudes de droit civil*, Larcier, Bruxelles 1947, p. (31) 52-54; F. RIGAUX, "L'état d'ébriété d'un contractant, cause de nullité relative de la vente" obs. sous Cass. Belge 21-10-1971, Claes c. Coolen, rejet, *R.C.J.B.*, 1972, 415.

<sup>7</sup> L'ancien CC néerlandais contenait dans l'art. 1375 la règle de l'art. 1135 du Code Napoléon. Sur la base de cet article, la jurisprudence complétait parfois les contrats dont des éléments secondaires n'étaient pas déterminés par les parties. Actuellement, on parle de l'effet "complétif" ou "supplétif" (aanvullend) de la raison et de l'équité, et la règle se trouve à l'art. 6:248,1 NBW.

ces<sup>8</sup> -, et b) même d'annuler simplement la clause comme anormalement onéreuse si elle fait partie de conditions générales de contrat (*infra*, n° 14 b).

3. BOULEVERSEMENT DU DROIT DES OBLIGATIONS - On pourrait même dire plus : la formule précitée est désormais devenue la formule générale pour décrire les exigences de la bonne foi objective (raison et équité), tant au moment de la formation des contrats que lors de leur exécution. Cette formule, de concert avec certaines autres notions, comme p.ex. celle de "charge" (développée également à partir du même arrêt Baris/ Riezenkamp, voy. *infra* n° 6) :

"nous montre une rupture fondamentale avec la notion de droit subjectif dans le sens de faculté, liberté, pouvoir de la volonté comme notion centrale du droit privé. Ce n'est plus la faculté, la liberté, le pouvoir de la volonté qui est au centre, mais la relation juridique : les parties se trouvent l'une à l'égard de l'autre dans une relation dont il résulte qu'elles doivent se laisser guider par les intérêts de l'autre partie"<sup>9</sup>.

Ainsi, les développements qui suivront concernant les diverses obligations et charges déduites de la raison et de l'équité (p. ex. devoirs d'information, de vérification, de limitation de frais et dommages, de confidentialité, de modération) valent *mutatis mutandis* aussi bien pour l'exécution des contrats, que p. ex. pour (la formation des) les actes juridiques posés après la conclusion d'un contrat (p.ex. décharge, agrégation, démission<sup>10</sup>, portée d'un paiement<sup>11</sup>, transaction).

Certains auteurs sont allés encore plus loin en proposant l'abolition pure et simple de la distinction entre les relations contractuelles et les autres relations régies par la raison et l'équité en les fusionnant dans une notion globale de "relation juridique"<sup>12</sup>.

## SECONDE PARTIE. LA TYPOLOGIE DES EXIGENCES DE LA BONNE FOI : SANCTIONS

<sup>8</sup> P. ex. HR 19-5-1967, Saladin c. HBU, *NJ*, 261 obs. G.J. SCHOLTEN, 26. AA, 214 obs. P.A. STEIN; HR 20-2-1976, Van der Laan c. Top, *NJ*, 486 obs. G.J. SCHOLTEN; HR 16-1-1987, Hooijen c. Tilburgsche Hypotheekbank, *NJ*, 553 obs. W.C.L. van der GRINTEN. Comp. aussi HR 25-4-1986, Van der Meer c. commune de Smilde, *NJ*, 714 obs. W.C.L. van der GRINTEN, 35. AA 1986, 618 obs. P. van SCHILFGAARDE, et commenté par E.H. HONDIUS, *Kwartaalbericht NBW* 1986, 92.

Il s'agit de ce que l'on appelle souvent l'effet restrictif ou correcteur (*beperkende werking*, *corrigerende werking*) de la raison et de l'équité (bonne foi objective). Mais un nombre croissant d'auteurs considèrent que cette terminologie est erronée : ce que la raison et l'équité limitent, ce n'est pas le contenu d'un contrat, mais l'appel à un texte; il ne s'agit pas de déroger à un contrat, mais d'en déterminer le contenu de manière normative tout en restant suffisamment flexible. Pour dire la même chose en termes du droit français : il ne s'agit pas tellement d'un abus de droit (subjectif), mais de la détermination du droit (subjectif) en écartant l'abus de texte.

<sup>9</sup> J.B.M. VRANKEN, "Enkele gedachten over de invloed en betekenis van de factor tijd in het privaatrecht", *R.M.T.* (Rechtsgeleerd Magazijn Themis), 1986, (415) 425.

<sup>10</sup> P. ex. HR 14-1-1983, Hajziani c. van Woerden, *NJ*, 1983, 457 obs. P.A. STEIN, 32. AA, 499 obs. J.M. van DUNNE (travailleur marocain signant sa démission croyant signer un accord de congé non payé).

<sup>11</sup> P.ex. HR 27-4-1984, *NJ*, 789 obs. W.H. HEEMSKERK.

<sup>12</sup> Voy. J. van ERP, *Contract als rechtsbetrekking. Een rechtsvergelijkende studie*, Zwolle, Tjeenk Willink 1990.

## ET FONDEMENT JURIDIQUE

4. TYPOLOGIE DES EXIGENCES DE LA BONNE FOI DU POINT DE VUE DES SANCTIONS - Déjà dans son arrêt précité du 15-11-1957, le Hoge Raad fournissait des indications concernant le contenu concret des exigences de la raison et de l'équité, c'est-à-dire de la bonne foi "objective". Il y considère notamment que (traduction libre) :

"cela comporte e.a. que celui qui envisage de conclure un contrat est tenu, à l'égard de l'autre partie, de prendre, dans des limites raisonnables, des mesures afin d'éviter que celui-ci ne donne son consentement par erreur"

et que

"l'extension de cette charge<sup>13</sup> est déterminée e.a. par le fait qu'en règle, on peut se fier aux communications faites par l'autre partie".

L'évolution de la jurisprudence et de la doctrine<sup>14</sup>, ainsi que celle de la législation, nous permet de concrétiser les exigences de la raison et de l'équité lors de la formation des contrats dans un aperçu simplifié (n° 8 suiv.). Mais un premier avertissement est ici de mise : le Hoge Raad a délibérément choisi de ne pas concrétiser cette notion outre mesure, de ne pas trop la "concrétiser vers le bas" (herunterkonkretisieren en allemand) en la réduisant à de nouvelles règles précises; il en a apprécié l'indétermination comme un avantage et spécialement comme une garantie contre une pétrification du droit privé<sup>15</sup>. Le législateur lui-même l'a compris, en prescrivant dans l'art. 3:12 (dans les dispositions

---

<sup>13</sup> Le texte original en néerlandais parle de "gehoudenheid", notion neutre et en tout cas plus large que celle d'obligation ou de devoir. Dans le cas d'espèce il s'agissait à notre avis d'une "Obliegenheit", notion que nous préférons traduire par celle de "charge" ("onere" en italien). La notion de "charge" n'est pas inconnue en France (p.ex. charge de la preuve, charge de l'allégation) et encore moins en Suisse romande, bien que l'on y emploie parfois la traduction littérale de "incombance" (p. ex. PICARD-THILO-STEINER, *Dictionnaire juridique*, I, p. 283). Pour plus d'explications, voir n° 6 de ce rapport.

<sup>14</sup> Voy. spécialement H.C.F. SCHOORDIJK, *Onderhandelen te goeder trouw*, et J.B.M. VRANKEN, *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink 1989.

<sup>15</sup> Une partie de la doctrine nous a mis en garde contre les dangers d'une concrétisation précipitée de la bonne foi; ainsi p.ex. W.C.L. van der GRINTEN, "Redelijkheid en billijkheid in het overeenkomstenrecht", 41. *Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie voor wetenschappen, afdeling letterkunde* (1978), n° 1, p. 17; -, "Handelen te goeder trouw", in *Opstellen over recht en geschiedenis aangeboden aan prof. mr. B.H.D. Hermesdorf*, Kluwer, Deventer 1965, p. (155)162 suiv.; et surtout H. SCHOORDIJK, "Typologiseren en moduleren in de rechtsvinding", in *Rechtsvinding, Opstellen aangeboden aan prof. dr J.M. Pieters t.g.v. zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Hogeschool Tilburg*, Deventer, Kluwer 1970, p. (231) 235 suiv.; H.G. van der WERF, *Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht : enkele beschouwingen over goede trouw, redelijkheid en billijkheid in het huidige en komende contractenrecht*, Arnhem, Gouda Quint 1982), 53. Comp. en Belgique W. van GERVEN & A. DEWAELE, "Goede trouw en getrouw beeld", *Liber Amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Story 1986, (103) 111, et notre note "Contractuele aansprakelijkheid volgens de eisen van redelijkheid (goede trouw) of misbruik van contractueel recht ?", obs. sous comm. Gent 1-6-1984, *R.W.* (Rechtskundig Weekblad), 1984-85, 1725", en Allemagne G. TEUBNER, "Die Geschäftsgrundlage als Konflikt zwischen Vertrag und gesellschaftlichen

préliminaires du droit patrimonial en général) qu' "en déterminant ce que demandent la raison et l'équité, on doit tenir compte des principes généraux de droit généralement reconnus, des conceptions de droit qui ont cours aux Pays-Bas, ainsi que des intérêts sociaux et personnels en cause".

L'élaboration des exigences de la raison et de l'équité nous oblige à anticiper déjà la question de leur fondement juridique et surtout celle des sanctions de leur violation. La raison en est la suivante. Dans la concrétisation de ces normes, il ne s'agit pas nécessairement d'obligations au sens strict du mot. Le fait d'être "tenu" (formule précitée de l'arrêt Baris-Riezenkamp) peut notamment recouvrir plusieurs figures juridiques dont le statut et la sanction ne coïncident pas nécessairement. Nous développerons dans les nos. 5 et 6 deux distinctions qui ont joué ou pourraient jouer un rôle dans les questions dont traite ce rapport.

5. OBLIGATIONS ET DEVOIRS ET LE DEPASSEMENT DE LEUR DISTINCTION PAR L'ARRET PLAS-VALBURG - La première est celle entre "obligation" et "devoir". Bien que cette distinction ne soit pas inconnue dans les pays de droit roman<sup>16</sup>, elle y est surtout sous-entendue (notamment dans la conception classique qu'en matière de responsabilité quasi-délictuelle, l'obligation "naît" de l'acte illicite, qui serait donc la source plutôt que l'inexécution de l'obligation)<sup>17</sup> et n'y a pas - à notre connaissance - donné lieu aux discussions vives qu'elle a suscité dans la doctrine des Pays-Bas. La distinction se retrouve au NBW suite à la doctrine de MEIJERS<sup>18</sup> et elle a été explicitée et défendue notamment par Van OPSTALL<sup>19</sup> e.a. et critiquée par SCHOORDIJK<sup>20</sup> e.a. La discussion a quelque impor-

---

Teilsystemen, zur Fragwürdigkeit ihrer Re-Dogmatisierung", *ZHR* (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht) 1982, 625 v., et en Suisse H. MERZ, "Die Generalklausel von Treu und Glauben als Quelle der Rechtsschöpfung", *ZSR /Revue de droit suisse*, 1961, (335) 344.

<sup>16</sup> W. YUNG, "Devoirs généraux et obligations", *Mélanges Wilhelm Schönenberger*, Ed. univ., Fribourg 1968, 163, in *Etudes et articles de W. Yung*, Genève, Georg 1971, 141.

<sup>17</sup> Comp. p. ex. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Sirey Paris 1933, II nr. 422; G. BAUDRY-LACANTINERIE & L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XII - XV, *Des contrats ou obligations conventionnelles en général*, Paris, Sirey (3)1908, T. I, 402; A. TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, Economica 1981.

D'autres auteurs par contre parlent indistinctement d'obligations aussi bien avant qu'après l'acte illicite. Ainsi p. ex. M. PLANIOL, note sous Paris 8-2-1896, *D.P.* 1896 II, 457; P. ESMEIN, "Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle", *R.T.D.Civ.* 1933, p. (627) 690 suiv.; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, Rousseau 1923-1933, III n° 225, p. 367 note 3 et V n° 1237, p. 538; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, I nos. 5-6; J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, L.G.D.J., Paris 1965, 62 suiv.; H. de PAGE & R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant (3)1962-1972, II n° 583 bis; J. van RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif*, Paris, Sirey 1933, p. 5 n° 5.

<sup>18</sup> E.M. MEIJERS, *Algemene leer van het burgerlijk recht, deel I - De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden , Universitaire pers 1948, spéc. n° 304.

<sup>19</sup> Dans HOFMANN-Van OPSTALL, *Nederlands verbintenissenrecht I., De algemene leer der verbintenissen*, I, Groningen, Tjeenk Willink (9)1976, p. 24 suiv. n° 13; S.N. van Opstall, "Wat is een verbintenis ?", *WPNR* (Weekblad voor privaatrecht, notarisambt en registratie) (1973) n° 5234-5237.

<sup>20</sup> Voy. H. SCHOORDIJK, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw burgerlijk wetboek*, Deventer, Kluwer 1979 , p. 3-11, spéc. 9; -, "De toepasselijkheid van buitencontractuele diligentienormen in contractuele verhoudingen", *WPNR* (1964) nr. 4810-4812, spéc. p. 189; *De verbintenis uit de wet : enige gedachten over een rechtsontwikkeling* , 1968; J. EGGENS, "Iets over de samenhang van verbintenissen uit onrechtmatige daad met die uit andere

tance pour notre sujet : l'art. 6:1 NBW prévoit que - à la différence des devoirs sanctionnés par les règles de l'acte illicite (responsabilité quasi-délictuelle) - les "obligations ne peuvent naître que si cela résulte de la loi" (ce qui veut dire : si c'est compatible avec le système légal et se situ par référence aux cas réglés par la loi<sup>21</sup>); l'on pourrait dès lors être tenté d'en déduire que lorsqu'un contrat n'est pas conclu, il ne s'agit pas d'une inexécution d'une obligation qui résulterait de la raison et de l'équité (la bonne foi objective), mais uniquement de la méconnaissance d'un devoir, méconnaissance dont la sanction ne pourrait être que quasi-délictuelle et donc, selon une distinction classique, ne comporter que l'indemnisation de "l'intérêt négatif" et non celle de "l'intérêt positif" (c'est-à-dire l'avantage que la partie lésée aurait tiré du contrat à conclure).

Dans l'arrêt *Plas c. commune de Valburg* du 18-5-1982<sup>22</sup>, le Hoge Raad a essayé de "jeter un pont" (faire la liaison) entre les deux concepts. Sans prendre position quant à la distinction elle-même entre obligation et devoir, il a cassé un arrêt de la Cour d'Arnhem qui avait jugé que la responsabilité précontractuelle comme telle n'entraîne, le cas échéant, que l'indemnisation des frais exposés et du dommage qui n'auraient pas été encourus au cas où la relation précontractuelle n'avait pas été établie. Le Hoge Raad par contre décida que :

"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 manière un contrat; dans une telle situation il peut y avoir une obligation d'indemniser un manque à gagner"

(c'est-à-dire l'intérêt positif ou une partie de celui-ci)<sup>23</sup>. Il s'agissait d'un litige entre la commune de Valburg et l'entreprise de constructions Plas, avec laquelle elle avait négocié l'adjudication de la construction d'une piscine communale. A la demande de la commune, Plas avait fait diverses études et modifications au projet initialement soumis. Par la suite, la commune devait recevoir une offre plus avantageuse qu'elle a accepté. Le juge de première instance avait accordé un manque à gagner pour le motif que, dans les circonstances de la cause, il n'était pas exclu que le projet de 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.

Le Hoge Raad a fondé l'obligation sur la bonne foi (la raison et l'équité) et a profité de l'occasion

---

oorzaak", *WPNR* (1923) n° 2784-2785, in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen I*, 5; -, "De bronnen van verbintenis", *WPNR* n° 4158, in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen II*, 243; A.L. CROES, "Waarom zou alleen dat een verbintenis zijn ?", *WPNR* (1974) nr. 5246; J.M. van DUNNE, "De goede trouw in het gewijzigd ontwerp boek 6 nieuw B.W. (art. 6.1.1.2., 6.5.3.1, 6.5.3.11. en 6.5.3.12a)", *WPNR* (1976) n° 5371, p. (747) 752.

<sup>21</sup> Sic HR 30-1-1959, *Quint c. te Poel*, *NJ*, n° 548 obs. D.J. VEEGENS, 8. AA, 171 obs. J.H. BEEKHUIS (rejet d'une action de in rem verso parce que l'analogie avec les cas prévus par la loi (ancien C.C.) n'était pas assez forte; actuellement art. 6:212 NBW).

<sup>22</sup> HR 18-6-1982, *Plas c. commune de Valburg*, *NJ* 1983, 723 obs. C.J.H. BRUNNER, 32. AA, 758 obs. P. van SCHILFGAARDE.

<sup>23</sup> Voy. également HR 31-5-1991, *Vogelaar c. Skil*, *NJ*, nr. 647 obs. P. van SCHILFGAARDE, où le Hoge Raad confirme de nouveau le critère de "la confiance légitime en ce qu'il résulterait un contrat de leurs négociations", bien qu'il n'y s'agissait pas spécifiquement d'une rupture de négociations, mais plutôt de l'échec d'un projet commun.

pour clarifier que même dans les cas où les négociations ne seraient pas encore avancées à tel point que la commune ne puisse plus les interrompre, une obligation de prendre en charge le tout ou une partie des frais déjà exposés ne serait pas exclue. Les termes de l'arrêt nous dirigent sur ce point dans la direction d'une responsabilité pour acte licite, donc également dans celle d'une obligation basée sur la bonne foi (la raison et l'équité) plutôt que dans celle d'une responsabilité quasi-délictuelle. Autrement dit : dans ce dernier cas, la rupture n'est licite qu'à condition de prendre en charge les frais de préparation du contrat.

D'autre part, il résulte des circonstances évoquées par le juge de première instance que la solution était également inspirée par les notions d'enrichissement injuste (et donc branché sur le système de la loi)<sup>24</sup>.

On doit conclure que la relation précontractuelle peut en tout cas engendrer de véritables "obligations", pourvu que la jurisprudence les construise en harmonie avec le reste du système du droit des obligations<sup>25</sup>.

6. OBLIGATIONS ET CHARGES - Cette seconde distinction est beaucoup moins traditionnelle, mais cadre néanmoins, à notre avis, dans le thème de ce rapport. Pour la comprendre, on peut partir de la constatation que l'encadrement de ce qui est communément appelé des devoirs ou obligations précontractuels - nous pensons spécialement aux devoirs d'information, de vérification, d'avertissement etc... - dans le cadre de la bonne foi (la raison et l'équité) - ou dans celui de l'abus de droit -, mène souvent à une sanction différente de celle qui résulterait d'un encadrement dans la "responsabilité précontractuelle", c'est-à-dire la responsabilité quasi-délictuelle. Ainsi, le défaut de vérification par une partie qui envisage de conclure un contrat, et notamment le défaut de prendre, dans des limites raisonnables, des mesures afin d'éviter que son consentement ne soit donné par erreur, n'est pas sanctionné par des dommages et intérêts, mais par la forclusion ("rechtsverwerking") de l'action en annulation<sup>26</sup>. Ainsi, le défaut d'informer l'autre partie de la signification que l'on donne à certaines expressions ou des présuppositions sur la base desquelles le consentement est donné, n'est pas sanctionné par des dommages et intérêts, mais par la force obligatoire de ses déclarations de volonté selon le sens que l'autre partie pouvait raisonnablement en déduire<sup>27</sup>. Ces résultats ne peuvent être expliqués sur la base d'une responsabilité quasi-délictuelle<sup>28</sup>, même pas en cachant le problème sous

<sup>24</sup> Dans son arrêt du 18-4-1969, commune de Katwijk c. faill. Westdijk, *NJ*, 1969, 36 obs. G.J. SCHOLTEN, le Hoge Raad a cassé un arrêt qui avait alloué une action, fondée sur un enrichissement injuste, d'un entrepreneur qui avait commencé des travaux, dans l'attente et l'espoir d'une adjudication par la commune. Mais il est vrai que 1) l'action n'était pas basée également sur une rupture des négociations et 2) la position du droit néerlandais à l'égard de l'action de in rem verso a changée depuis lors, notamment par l'introduction de l'art. 6: 212 NBW (enrichissement injuste).

<sup>25</sup> Comp. H.C.F. SCHOORDIJK, *Onderhandelen te goeder trouw*.

<sup>26</sup> Comp. pour l'analyse en termes de "rechtsverwerking" (estoppel, forclusion), ASSER-HARTKAMP, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het nederlands burgerlijk recht*, 4. *Verbintenissenrecht*, II, nr. 159.

<sup>27</sup> Comp. *infra*, n° 8 d).

<sup>28</sup> La réduction à un fondement quasi-délictuel a déjà été critiquée par E.M. MEIJERS, "De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen", *WPNR* (1921) n° 2675-2679 (in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen* III, 81); Ph. HOUWING, "Positief en negatief belang bij rechtsschijn", *WPNR* (1944) n° (3868-3872) 3869, 42. Comp. R. DEMOGUE, *Traité des*

la notion de "réparation en nature" : un tel fondement ne peut mener qu'à remettre l'autre partie dans la situation où elle se serait trouvée sans ce défaut de vérification ou de renseignement, c'est-à-dire dans la situation dans laquelle la partie induite en erreur n'aurait pas conclu le contrat : ce qui est exactement le contraire des résultats indiqués. Le fait d'être "tenu" à des mesures d'investigation ou à des renseignements n'est donc pas tellement un "devoir" ou une "obligation", mais plutôt une "Obliegenheit"<sup>29</sup>, une "charge"<sup>30</sup>, notamment une "charge de vérification" ou "charge d'investigation". La sanction typique d'une charge n'est pas l'octroi de dommages et intérêts ni la réparation du dommage causé (intérêt négatif), mais la perte d'un droit, d'une action ou exception, ou d'une liberté : dans ce sens la bonne foi (la raison et l'équité) a un effet "restrictif"<sup>31</sup>. Comme nous avons développé

---

*obligations*, I nr. 36; H. de PAGE & R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I nr. 45 B.

<sup>29</sup> Comp. H. DRION, "Precontractuele verhoudingen naar Nederlands recht", *11. Jaarboek vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland*, 1967-68, p. (265) 280; J.M. van DUNNE, "The prelude to contract, the treshold of tort. The law on precontractual dealings in the Netherlands", in E. Hondius & G. Steenhoff (ed.) *Netherlands reports to the 13th International Congress of Comparative Law Montreal 1990*, p. (71) 74; J.B. VRANKEN, *R.M.T.*, 1986, 415 suiv. mais plutôt en sens contraire dans *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, n° 166 en 176 (Cet auteur y rejette le terme en constatant que certaines obligations de renseignement ou de vérification sont de vraies obligations, mais cela n'exclut pas que dans d'autres cas, il ne s'agit pas vraiment d'obligations).

<sup>30</sup> Nous avons traduit le terme allemand Obliegenheit par "last". Les auteurs néerlandais ont au passé proposé toutes sortes de traductions qui ne m'ont pas convaincues, comme "devoirs indirects", "devoirs impropres" ou "pressions de droit" (voy. J. SUIJLING, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, Haarlem, Bohn 1928, I nos. 141 et 170 E.M. MEIJERS, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, 16; Ph. HOUWING, *Rechtsverwerking*, Preadvies (rapport) Broederschap der candidaat-notarissen 1968, 26; HOFMANN-van OPSTALL, I, 49 suiv.; ("rechtsdrang"); G.H.A. SCHUT, "Crediteurovermacht en billijkheid in het NBW", *Goed & trouw* (supra note 2), p. (71) 74).

La distinction entre obligations et charges a surtout été développée en Allemagne, par R. SCHMIDT, *Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwangs im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, Karlsruhe, Verlag Versicherungswissenschaft 1953, et F. LENT, "Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß", 67. *ZZP* (Zeitschrift für Zivilprozess) 1954, 344 suiv. Voy. également H.J. WIELING, "Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst", *AcP* (Archiv für die civilistische Praxis) 1976, (334) 346 suiv.

<sup>31</sup> Une des discussions théoriques les plus vives dans le droit néerlandais des obligations concerne la signification de ce que certains appellent "l'effet restrictif" ou "l'effet correcteur" de la bonne foi (la raison et l'équité). Selon la théorie classique, qui correspond presque entièrement à celle de l'abus des droits contractuels en droit français, une correction par les exigences de la bonne foi (la raison et l'équité) ne saurait affecter que la manière d'exécuter les obligations, et non la détermination de leur contenu (ce qui est considéré être le droit subjectif lui-même). Selon la théorie plus radicale, il est inacceptable d'interpréter et de déterminer les obligations sans tenir compte de la bonne foi (la raison et l'équité), de telle manière que ce n'est pas le contenu d'une obligation, mais uniquement la lettre, qui est corrigée ou limitée : un contrat ne doit pas seulement être exécuté de bonne foi, mais d'abord être *interprété* selon les exigences de la raison et de l'équité (voy. entre autres J. EGGENS, "Een man een man, een woord een woord", *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen II*, 207; J.C. van OVEN, "Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuw burgerlijk wetboek : goede trouw, redelijkheid, billijkheid, betamelijkheid", *WPNR* (1962) 4718, 168; -, "Het nieuwe BW - overeenkomst en goede trouw - onvoorziene omstandigheden", *WPNR* (1953) 4279, 41; A. PITLO, *Het nederlands burgerlijk wetboek, deel 3. Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, Arnhem, Gouda Quint (8)1979, 250; Gr. van der BURGHT & A.L. CROES, *Selectie uit het algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 71; H. SCHOORDIJK, *Beschouwingen over driepartijenverhoudingen van obligatoire aard*, 1958, 52; J.M. van DUNNE, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, 198, 206 suiv. et passim; O.K. BRAHN,

ces idées ailleurs<sup>32</sup>, nous nous permettons d'évoquer simplement la distinction, afin de souligner à nouveau que les "obligations" précontractuelles qui découlent de la bonne foi (la raison et l'équité) ne peuvent pas être enfermées de manière intempestive dans le cadre classique de la responsabilité aquilienne (même si les mêmes exigences peuvent éventuellement présenter un double caractère). L'effet typique de la bonne foi n'est pas l'indemnisation d'un intérêt négatif, mais la perte ou limitation d'un intérêt positif ("effet restrictif" de la bonne foi)<sup>33</sup>.

7. REGLES FONDEES SUR LA BONNE FOI ET REGLES LEGALES - Dans les nos. suivants, nous essayerons de concrétiser les obligations et charges précontractuelles qui ont été développées sur la base de la notion de bonne foi objective, c'est-à-dire la raison et l'équité. Nous y indiquerons également pour chaque cas la sanction habituelle de la méconnaissance de ces obligations ou charges, parce qu'il est trop difficile de séparer l'obligation de sa sanction.

En lisant notre énumération, l'on pourrait objecter que beaucoup de ces règles sont depuis le 1-1-1992 devenues des règles légales et non plus de règles de la raison et de l'équité. Pourtant, il y a au moins 4 arguments pour ne pas limiter notre exposé à des règles extra-légales. 1° Bien que la bonne foi (la raison et l'équité) constitue le levain du pain légal, il est difficile de déduire le goût du pain de celui du levain seul. 2° Nombre de règles légales concernant le comportement des parties lors de la formation des contrats sont historiquement des codifications d'une jurisprudence qui s'est fondée sur la notion de bonne foi et sont donc à leur place dans un rapport présenté à des journées comparatistes afin de montrer ce que la notion de bonne foi peut nous rapporter : la meilleure manière de comprendre une notion juridique est bien d'analyser les résultats qu'elle a produits (son histoire effective, la "Wirkungsgeschichte" de l'école herméneutique<sup>34</sup>). 3° La plupart de ces règles légales sont formulées de telle manière qu'elles accordent en tout cas encore un rôle à la notion de la raison et de l'équité, un rôle parfois contraire à celui qu'elles avaient avant la recodification<sup>35</sup>. 4° Ce dont il s'agit à

---

*Zwaartepunten van het nieuwe vermogensrecht*, Gouda Quint Arnhem 1989, p. 247 suiv.; comp. en Belgique E. DIRIX, "Over de beperkende werking van de goede trouw", *Revue de droit commercial*, 1988, 660; notre thèse de doctorat M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, Bruxelles, Story 1990, n° 115 suiv.).

<sup>32</sup> *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, n° 196 suiv.; "De goede trouw in het geding. De invloed van de goede trouw in het privaatrecht- en bewijsrecht", *TPR* (Tijdschrift voor privaatrecht) 1990, p. (353) n° 12 suiv. (avec sommaire français).

<sup>33</sup> C'est une caractéristique que la bonne foi a en commun avec la théorie de l'abus de droit, ce qui devrait mener à la conclusion qu'abus de droit et responsabilité quasi-délictuelle sont deux notions différentes.

<sup>34</sup> Sur l'application de cette idée de H.G. GADAMER au droit, voy. J.B.M. VRANKEN, *Kritiek en methode in de rechtsvinding, een onderzoek naar de betekenis van de hermeneutiek van H.G. Gadamer voor de analyse van het rechterlijk beslissingsgebeuren*, diss. Nijmegen, Deventer, Kluwer 1978, spéc. p. 89 suiv.

<sup>35</sup> On pourrait trouver des exemples de ce paradoxe dans les cas où le NBW a renversé le principe antérieurement consacré. Ainsi p.ex. la théorie de la confiance légitime suscitée par la déclaration de volonté, développée sur la base de la notion de bonne foi (la raison et l'équité), a été choisie par le législateur comme solution de principe aussi bien dans les contrats à titre gratuit que dans ceux à titre onéreux (ce qui n'était pas le cas dans la jurisprudence antérieure, p. ex. HR 29-11-1974, Hensels c. Seegers & Musters, *NJ* 1975, 211 obs. G.J. SCHOLTEN, 24. AA, 413 obs. W.C.L. van der GRINTEN). Le Hoge Raad a anticipé ce choix du législateur (p. ex. H.R. 11-12-1981, Broekhuijzen c. Ijsselstroom, *NJ* 1982, 70, HR 14-1-1983, Hajziani c. van Woerden, *NJ*, 1983, 457 obs. P.A. STEIN, 32. AA, 499 obs. J.M. van DUNNE; HR 12-9-1986, Westhoff c. Spronsen, *NJ*, 1987, 267 obs. P.A. STEIN, 36. AA, 99 obs. J.H. NIEUWENHUIS), mais a également laissé ouvert la

notre avis, c'est de montrer par le biais de la bonne foi, la rupture fondamentale qui s'est produite dans le droit néerlandais (et dans le droit civil continental en général, nous en sommes convaincus) avec la notion de droit subjectif dans le sens de faculté, liberté, pouvoir de la volonté; rupture qui a placé au centre du droit privé la *relation* juridique où les parties se trouvent l'une à l'égard de l'autre et dont il résulte qu'elles doivent se laisser guider aussi par les intérêts légitimes de l'autre partie.

### TROISIEME PARTIE . LE CONTENU CONCRET DES EXIGENCES DE LA BONNE FOI.

8. EXIGENCES DE LA RAISON ET DE L'EQUITE (LORS DE L'ENTREE EN POURPARLERS ET PENDANT LES NEGOCIATIONS) DEVELOPPEES AUTOUR DES NOTIONS D'ERREUR ET DE MALENTENDU - Une première série d'obligations et de charges peuvent être induites de la législation et la jurisprudence concernant l'erreur et la discordance entre volonté et déclaration (erreur-obstacle). Ces problèmes ont été développés par la construction de devoirs (ou charges) de renseignement et de vérification sur la base de la bonne foi (raison et équité).

a) Nous avons déjà rencontré un premier aspect, notamment une charge de vérification, dans l'arrêt Baris c. Riezenkamp, où le Hoge Raad a considéré que le principe de la bonne foi "comporte e.a. que celui qui envisage de conclure un contrat est tenu, à l'égard de l'autre partie, de prendre, dans des limites raisonnables, des mesures afin d'éviter qu'il ne donne son consentement par erreur". Nous avons déjà expliqué que le manquement à cette charge est en principe sanctionné par la forclusion ("rechtsverwerking") du droit d'invoquer ce vice de la volonté et donc de l'action en annulation. La raison et l'équité limitent ainsi la liberté de ne pas contracter, plus exactement la liberté de ne pas être assujéti à un règlement contractuel.

b) Le deuxième aspect se trouve également déjà dans le même arrêt, puisque le Hoge Raad y dit que "l'extension de cette charge est déterminée e.a. par le fait qu'en règle, on peut se fier aux communications faites par l'autre partie"<sup>36</sup>. Autrement dit, on ne peut induire l'autre partie en erreur par des renseignements, et ceci sous peine de subir l'annulation du contrat (éventuellement assortie de dommages et intérêts), "à moins que l'on pût présumer que le contrat aurait été conclu même en l'absence de ces renseignements" (art. 6:228, 1a NBW).

c) Le défaut de vérification de la part du contractant qui demande l'annulation pour erreur ne peut pas être invoqué par la partie qui a manqué elle-même à son devoir d'information, en ne renseignant pas l'autre partie de faits qu'elle connaissait et dont elle savait ou devait savoir qu'elles étaient pertinents. Ce défaut est donc sanctionné par l'annulation pour erreur (éventuellement assortie de dommages et intérêts). Ainsi p. ex. l'achat d'une maison par une commune qui avait omis d'informer le vendeur que suite à la modification d'un plan de secteur les chances d'expropriation - qui formaient le motif de la

---

possibilité d'une correction inverse dans les cas où le cocontractant n'aurait pas encore agi (investi) sur la base de cette confiance (p. ex. HR 15-4-1988, Ben Amran c. Silversteyn, NJ, 1988 obs. P.A. STEIN); il s'agit alors de l'effet restrictif de la raison et de l'équité contractuelles. Voy. e.a. J.H. NIEUWENHUIS, "Je bekijkt het maar", note précitée, 36. AA, (99) 102-103; J.B. VRANKEN, *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenisrecht*, 27 suiv.

<sup>36</sup> Dans le cas d'espèce une communication concernant le coût de production d'un moteur dans un contrat de vente d'outillage pour cette production. Comp. également HR 21-1-1966, Booy c. Wisman, NJ, 183 obs. G.J. SCHOLTEN.

vente volontaire - étaient fortement diminuées<sup>37</sup>. Ainsi également la vente d'une baraque de chantier sur un terrain communal, dont le vendeur savait qu'il devrait bientôt être vidé, à quelqu'un qui espérait habiter dans cette baraque<sup>38</sup>. Il s'agit à vrai dire de cas qui s'apparentent déjà au dol (voy. *infra* n° 9). Le NBW a encore renforcé ce devoir, en disposant que ce devoir est évalué eu égard à ce que cette partie sait ou doit savoir au sujet de l'erreur (art. 6:228, 1b NBW). En d'autres termes, c'est parfois à la partie contre qui l'annulation est demandée, qu'incombe un devoir de vérification. Mais en règle, c'est l'inverse, et ainsi, le Hoge Raad a jugé qu'il n'y a pas d'obligation générale pour un agent immobilier de vérifier les "plans de destination", et qu'une telle vérification incombe d'abord à l'acheteur<sup>39</sup>. Une autre nuance encore est celle que des informations obtenues suite à des effets spécifiques ou à un risque délibérément pris ne doivent être communiquées<sup>40</sup>; l'affaire du vrai faux Fragonard aurait été résolue autrement aux Pays-Bas<sup>41</sup>.

Comment alors laquelle des parties était tenu de se renseigner, de vérifier certains faits ? Avant de tenter de répondre à cette question, nous voudrions d'abord montrer que les questions sont absolument analogues en matière de discordance entre déclaration et volonté (erreur-obstacle).

d) En effet, l'art. 3:35 NBW, consacrant ainsi la théorie de la confiance légitime, dispose que le défaut de volonté ne peut être opposé à celui qui a interprété une déclaration ou un comportement comme constituant une déclaration de volonté de portée déterminée à son adresse "d'après le sens qu'il pouvait raisonnablement leur donner dans les circonstances"<sup>42</sup>. On peut ainsi parler d'une charge de se comporter prudemment en ne créant pas d'apparences de volonté, sanctionnée par l'assujettissement au règlement contractuel que l'autre partie en a déduit et pouvait raisonnablement déduire de ses déclarations ou de son comportement. Plus particulièrement, il s'agit 1° d'une charge d'informer l'autre partie de la signification que l'on donne à certaines expressions et 2° d'une charge d'informer l'autre partie des présuppositions sur la base desquelles le consentement est donné. La seconde peut être déduite de l'art. 6:228,1c NBW : même l'erreur commune des parties ne peut être invoquée si l'autre partie ne devait en tout cas pas comprendre qu'une vue juste des choses aurait retenu la partie de conclure le contrat.

Mais ici aussi, il n'y a pas que des charges de renseignement. Il peut y avoir également une charge

---

<sup>37</sup> HR 7-12-1979, Van Hensbergen c. commune de 's Gravenhage, *NJ* 1980, 290 obs. G.J. SCHOLTEN, 30. AA, 133 note J.M. van DUNNE.

<sup>38</sup> HR 4-12-1987, Willart c. Snijders, *NJ*, 1988, 345.

<sup>39</sup> HR 18-4-1986, Ernst c. Crombag, *NJ* 1986, 747 obs. W.C.L. van der GRINTEN.

<sup>40</sup> J.B. VRANKEN, *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, p. 11. Comp. A.G. CASTERMANS en R. NOTERMANS, "Naar een economische analyse van de mededelingsplicht bij dwaling", in *BW-NBW : twee sporen, één weg, BW-Krant Jaarboek 1985*, p. (141) 150 e.v.; M. ADAMS, "Irrtümer und Offenbarungspflichten im Vertragsrecht", 186. *AcP* 1986, p. (453) 468 e.v.

<sup>41</sup> Cass. fr. 16-10-979, Heim t. Spoturno-Coty. Voy. la critique de B. RUDDEN, "Le juste et l'inefficace. Pour un non-devoir de renseignements", *R.trim.Dr.civ.* 1985, 91 suiv.

<sup>42</sup> Antérieurement HR 17-12-1976, Erckens c. Bunde, *NJ* 1977, 241 obs. G.J. SCHOLTEN, 26. AA, 654 obs. P. van SCHILFGAARDE : la réponse à la question à savoir si un contrat est conclu dépend en principe des déclarations réciproques des parties et de ce qu'elles ont déduit de leurs déclarations et comportements réciproques conformément au sens qu'elles pouvaient y attribuer *raisonnablement* dans les circonstances de la cause. Comp. également HR 8-4-1983, Wever c. Aruba Bank, *NJ*, 1984, 785 obs. W.M. KLEIJN.

d'investigation ou vérification. Dans certaines circonstances, on doit vérifier les intentions et présuppositions de la partie aux déclarations de laquelle on se fie. Ainsi p. ex. l'employeur qui fait signer une déclaration par un employé dont il sait qu'il ne comprend pas bien la langue de cette déclaration<sup>43</sup>. Plus généralement, on ne peut abuser d'une erreur dans la rédaction d'un contrat lorsqu'on a compris ou aurait dû comprendre qu'il s'agissait d'une erreur, comme p. ex. dans la rédaction d'une police d'assurances<sup>44</sup>.

e) A part l'art. 3:35, le NBW contient encore quelques règles analogues ou plus spécifiques qui consacrent également la théorie de la confiance légitime. Ainsi, chaque partie doit prendre en charge le risque que les personnes ou moyens qu'elle choisit pour communiquer une déclaration destinée à un tiers la transmettent incorrectement : "la déclaration de l'expéditeur est réputée être ce qui a été porté à la connaissance du destinataire, sauf si ce dernier a fixé le mode de communication adopté" (art. 3:37, 4 NBW). Ainsi, toute personne qui prend part aux relations sociales est tenue d'éviter de créer l'apparence d'un mandat, puisque, si quelqu'un, sur la foi d'une déclaration ou de la conduite d'un mandataire apparent agissant au nom de cette personne, a cru à l'existence d'une procuration suffisante et pouvait dans les circonstances y croire raisonnablement, il ne peut se voir opposer l'inexactitude de cette croyance (art. 3: 61, 2 NBW). Plus généralement, on doit se garder d'induire des tiers à croire à la création, à l'existence ou à l'extinction d'un rapport juridique, dans ce sens que celui qui y a cru sur la foi d'une déclaration ou d'un comportement d'après le sens qu'il pouvait raisonnablement leur donner dans les circonstances, et a agi en se fiant raisonnablement à l'exactitude de cette croyance, ne peut se voir opposer l'inexactitude de cette croyance par l'auteur de cette déclaration ou de ce comportement (art. 3:36 NBW)<sup>45</sup>.

f) Aussi bien en matière d'erreur qu'en matière de discordance entre déclaration et volonté, l'existence et l'intensité des obligations et/ ou charges indiquées dépendent de la position sociale des parties et de leur relation réciproque <sup>46</sup>. Ainsi, dans l'arrêt Westhoff c. Spronsen (connu sous le nom "Je bekijkt het maar"), le Hoge Raad a jugé que l'employeur n'avait pas l'obligation de vérifier spécialement l'intention de l'employeur qui avait donné sa démission, parce que celui-ci était censé, compte tenu de sa fonction, de disposer d'aptitudes suffisantes afin de comprendre la portée de ses déclarations<sup>47</sup>. En

<sup>43</sup> H.R. 14-1-1983, Hajziani c. van Woerden, *NJ*, 1983, 457 obs. P.A. STEIN, 32. AA, 499 obs. J.M. van DUNNE (travailleur marocain signant sa démission croyant signer un accord de congé non payé).

<sup>44</sup> HR 8-7-1982, Guliker c. Ago, *NJ* 1983, 456.

<sup>45</sup> Le cas d'application le plus classique de cette règle est l'inopposabilité des exceptions par le débiteur cédé au cessionnaire, lorsqu'il a créé l'apparence de l'inexistence de ces exceptions, p. ex. en signant une reconnaissance de dette qui représente la convention de manière incomplète (voy. H.C.F. SCHOORDIJK, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W.*, Kluwer deventer 1986, p. 107). L'inopposabilité des contre-lettres en cas de simulation est évidemment un cas encore plus clair, mais la règle ne se limite pas aux cas de simulation.

<sup>46</sup> Comp. J.B. VRANKEN, *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, p. 10 suiv. e.a., et *WPNR* nr. 5974, 583-584. Nous avons déduit la même conclusion d'une analyse de la jurisprudence concernant l'agrégation et la décharge (*De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, n° 185, 471, 478, 482, e.a.); bien qu'il s'agit là d'actes juridiques qui concernent l'exécution des obligations, il s'agit quand-même d'actes juridiques et ce sont des règles analogues qui doivent s'appliquer.

<sup>47</sup> H.R. 12-9-1986, Westhoff c. Spronsen, *NJ*, 1987, 267 obs. P.A. STEIN, 36. AA, 99 obs. J.H. NIEUWENHUIS (critiquant l'arrêt).

outré, l'aptitude des parties est évaluée tenant compte de l'assistance dont elles disposaient (parfois même de l'assistance dont elles auraient dû se pourvoir). Ainsi, dans l'arrêt *Duijvestein c. Monster*, il a été jugé que celui qui se fait assister par un expert, inspire auprès de l'autre partie la confiance qu'il connaît la signification technique des termes employés dans le contrat et ne peut donc plus invoquer un "malentendu" pour annuler le contrat<sup>48</sup>. Une règle analogue en matière d'erreur se trouve déjà dans l'arrêt *Beukinga c. Van der Linde*<sup>49</sup>. Mais on ne peut en déduire que le profane est en règle tenu de se faire assister par un expert (p. ex. pour l'achat d'une voiture d'occasion)<sup>50</sup>.

g) On peut conclure de ce qui précède qu'il n'y a plus que la situation de l'erreur commune des parties - et même celle-là sous réserve de ce qui en a été dit - qui est régie par la théorie de la volonté et non pas par la théorie de la confiance et/les devoirs et charges développés sur la base de la notion de raison et équité (bonne foi objective)<sup>51</sup>. Et même dans ce cas, l'annulation n'est pas admise dès lors que le risque d'erreur incomberait à la partie qui l'a commise "eu égard à la nature du contrat, à l'opinion généralement admise ou aux circonstances de l'espèce" (art. 6:228, 2 NBW), c'est-à-dire eu égard à des éléments similaires à ceux indiqués à l'art. 3:12 où la raison et l'équité sont concrétisées. Et un de ces éléments pourrait être un manquement à un devoir d'information de la partie la plus forte<sup>52</sup>. Inversement, ce que l'on appelle parfois l'effet restrictif de la raison et de l'équité contractuelles peut entraîner que celui qui a compris une déclaration ou un comportement dans un sens qu'il pouvait raisonnablement leur donner ne peut s'en prévaloir lorsqu'il n'a pas agi (investi) sur la base de cette confiance<sup>53</sup>. Il en résulte que la distinction entre la formation des contrats et l'exécution des contrats s'estompe de plus en plus en droit néerlandais.

#### 9. EXIGENCES DE LA RAISON ET DE L'EQUITE (LORS DE L'ENTREE EN POURPARLERS ET PENDANT LES NEGOCIATIONS) DEVELOPPEES AUTOUR DES NOTIONS DE MENACES, DOL ET ABUS DE CIRCONSTANCES -

a) Ces trois "vices de la volonté" sont assez clairement définis par la loi, et à première vue indépendants de la notion de raison et équité. Nous les mentionnons pourtant, parce que leur définition nous montre un glissement vers une évaluation du comportement de la partie la plus forte plutôt que de la

<sup>48</sup> HR 19-3-1982, *Duijvestein c. commune de Monster*, *RvdW* 1982, 65.

<sup>49</sup> HR 2-5-1969, *Beukinga c. Van der Linde*, *NJ*, 344 obs. G.J. SCHOLTEN, 19. AA, 31 obs. W.C.L. van der GRINTEN (acheteur d'une cafetaria, profane, mais assisté de son expert-comptable).

<sup>50</sup> HR 21-12-1990, *van Geest c. Nederlof*, *RvdW* 1991, 19.

<sup>51</sup> Pour une analyse globale, voy. J.B. VRANKEN, *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, p. 5 suiv.

<sup>52</sup> Pour une application récente de l'erreur commune au cautionnement, voy. HR 1-6-1990, *Van Lanschot Bankiers c. Bink*, *RvdW* 1990, 119; il s'agissait d'une erreur commune quant à la situation patrimoniale du débiteur principal qui n'était pas imputable à l'autre partie. Le juge de fond avait également considéré qu'il appartenait plutôt au professionnel d'informer la caution des risques du cautionnement. Comp. le commentaire de J.B. VRANKEN, *WPNR* 5974, 583.

<sup>53</sup> Voy. e.a. J.H. NIEUWENHUIS, "Je bekijkt het maar", 36. AA, p. (99) 102-103; J.B. VRANKEN, *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, 27 suiv.; et de manière radicale B.W.M. NIESKENS-ISPORDING, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, Deventer, Kluwer 1991. Tandis que ce dernier auteur accentue le "fait accompli" comme tel, VRANKEN critique toute position qui implique que l'existence ou la validité d'une obligation dépendrait de la présence ou de l'absence fortuite d'un acte de la personne qui y faisait confiance.

volonté de la partie la plus faible<sup>54</sup>. C'est très clair en ce qui concerne l'interdiction d'amener une personne à contracter par "abus de circonstances", c'est-à-dire en sachant ou devant savoir que cette personne a été induite à contracter par des circonstances particulières, telles que l'état de nécessité, la dépendance, la légèreté, l'état mental anormal ou l'inexpérience (art. 3:44, 4 NBW). Il s'agit d'un élargissement de la notion de "lésion qualifiée", jadis développée sur la base de la théorie de la cause illicite<sup>55</sup>. Il résulte de l'arrêt *Donkelaar c. Unigro*<sup>56</sup> que l'évaluation de l'abus doit également se faire tenant compte de la position respective des parties. L'abus de circonstances est sanctionné par l'annulation à la demande de la personne abusée ou la modification du contrat par le juge à la demande d'une des parties (art. 3:44, 1 j° 3:54, 2 NBW). Mais la faculté d'annulation disparaît lorsque l'autre partie propose en temps utile une modification des effets du contrat, mettant fin au préjudice de façon adéquate (art. 3:54, 1 NBW - *infra* n° 15 b).

Cette dernière règle ne s'applique ni en cas de menaces (art. 3:44, 2 NBW), ni en cas de dol. Il y a dol lorsqu'une personne, au moyen de fausses informations fournies dans cette intention, du silence gardé intentionnellement sur un fait qu'elle était obligée de communiquer ou de toute autre manœuvre, en amène une autre à contracter. Vanter quelque chose en termes généraux, même faussement, n'est pas en soi constitutif de dol (ce qui est appelé le *dolus bonus*) (art. 3:44, 3 NBW). La sanction du dol est l'annulation du contrat et/ou des dommages et intérêts.

Si le silence n'est pas gardé intentionnellement, mais par négligence, il ne peut y avoir dol, mais uniquement erreur<sup>57</sup>. La distinction importe notamment parce qu'en cas de dol, on ne peut invoquer le caractère inexcusable de l'erreur de l'autre partie, c'est-à-dire son manquement à un devoir élémentaire d'investigation ou de vérification<sup>58</sup>. D'autre part, la négligence éventuelle d'une partie ou de l'autre est déterminante pour savoir si la partie qui a passé sous silence des faits qu'elle connaissait, devait savoir que ce fait était relevant pour le consentement de l'autre partie (comp. n° 8 en matière de malentendu). Ici aussi, l'existence et l'intensité des obligations et/ ou charges de renseignement c.q. d'examen dépendent de la position sociale des parties et de leur relation réciproque : ainsi un sollicitant d'emploi ou d'une police d'assurance ne doit en règle répondre qu'aux questions posées par l'autre partie, spécialement lorsqu'il s'agit d'éléments de sa vie privée<sup>59</sup>.

b) A part les sanctions déjà indiquées pour le cas où le contrat serait conclu malgré l'erreur ou le malentendu, ou sous l'influence de menaces, dol ou abus de circonstances - notamment la validité c.q.

<sup>54</sup> Comp. W. van GERVEN, "Variaties op het thema misbruik", *WPNR* n° 5504, p. 70 suiv.

<sup>55</sup> Pour plus de détails, voy. J.H. NIEUWENHUIS, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer, Kluwer 1979, p. 120 suiv.

<sup>56</sup> HR 1-6-1990, *Donkelaar Supermarkt c. Unigro*, *RvdW*, 1990, 117.

<sup>57</sup> P. ex. HR 2-5-1969, *Beukinga c. Van der Linde*, *NJ*, 344 obs. G.J. SCHOLTEN, 19. AA, 31 obs. W.C.L. van der GRINTEN; HR 30-11-1973, *NJ*, 1974, 97 obs. G.J. SCHOLTEN; HR 15-11-1985, *Stavenuiter c. Oosterbaan*, *NJ*, 1986, 213 obs. W.C.L. van der GRINTEN, 35. AA, 315 obs. J.H. NIEUWENHUIS (charge d'examen de l'acheteur d'une voiture d'occasion de 5 ans achetée sans garantie, empêchant l'annulation dans un cas où il n'était pas prouvé que le vendeur connaissait les vices de la voiture).

<sup>58</sup> HR 30-11-1973, *Van der Beek c. Van Dartel*, *NJ*, 1974, 97 obs. G.J. SCHOLTEN.

<sup>59</sup> Comp. J.B. VRANKEN, *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, p. 17 suiv.

nullité ou annulation du contrat (voy. aussi *infra* n° 15 b) -, il peut y avoir lieu à l'attribution des dommages et intérêts, et cela aussi bien lorsque le contrat a été conclu qu'en cas de rupture. C'est le cas lorsque le comportement d'une partie était illicite (violation d'un devoir, p. ex. de renseignement) et a causé un dommage. Les règles générales de la responsabilité quasi-délictuelle s'appliquent alors (sous réserve de ce qui sera dit au n° 13).

c) Finalement, il y a des cas où l'annulation ne peut être obtenue par la partie trompée, parce que les faits dissimulés étaient connus d'une personne dont la connaissance lui est attribuée - p. ex. un agent d'assurances - mais où les droits de l'autre partie peuvent néanmoins être restreints sur la base de la raison et de l'équité précontractuelles. Un cas récent en matière de souscription d'une assurance-vie est l'arrêt-RSV c. Scharenberg<sup>60</sup>.

10. L'OBLIGATION DE NE PAS NEGOCIER OU DE NE PAS CONTINUER DES POURPARLERS ET LES OBLIGATIONS DE RENSEIGNEMENT COMPARABLES - En matière de négociations, nous pensons d'abord à l'éventuelle obligation de la raison et de l'équité de les continuer (*infra*, n° 11). Mais chronologiquement, il y a d'abord une éventuelle obligation de ne plus poursuivre les négociations, autrement dit, de ne pas les rompre tardivement. Il s'agit surtout des cas où l'on continue à négocier sachant que le contrat ne sera quand même pas conclu, ou pas avec cette partie, si légitimes que les motifs puissent être (p. ex. manque de financement, manque d'approbation, etc ...) <sup>61</sup>. La même chose vaut également lorsqu'une partie ne communique pas à l'autre des informations qu'elle a obtenues entretemps et qui peuvent influencer les chances d'aboutir à la conclusion d'un contrat<sup>62</sup>. Faire "marcher" quelqu'un de cette manière peut le pousser à la dépense et des dépenses causées de cette manière devront être indemnisées<sup>63</sup>.

11. L'OBLIGATION DE CONTINUER LES OBLIGATIONS, LES OBLIGATIONS ANALOGUES ET LEURS SANCTIONS - a) Une obligation comparable à la précédente est celle de révoquer "sans délai après l'acceptation" une offre faite "sans engagement" (c'est-à-dire une simple "proposition" en terminologie française), sous peine d'être lié par cette offre (art. 6:219, 2 NBW). En règle, dans le droit néerlandais, qui ne reconnaît pas de manière générale la force obligatoire d'un acte juridique unilatéral (de la promesse unilatérale)<sup>64</sup>, il n'y a pas d'obligation de maintenir l'offre<sup>65</sup>, à moins que celle-ci ne

<sup>60</sup> HR 15-2-1991, RSV c. Scharenberg, *RvdW*, 60.

<sup>61</sup> Comp. H. SCHOORDIJK, *Onderhandelen te goeder trouw*, p. 23-24; J.B. VRANKEN, *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, p. 105 suiv.

<sup>62</sup> Comp. H. SCHOORDIJK, *Onderhandelen te goeder trouw*, p. 24-25; J.M. van DUNNE, *Supplement 1986*, p. 22 et 27-28.

<sup>63</sup> B. TELDERS, "Praecontractuele verhoudingen", *WPNR* 1937, n° 3536-3537; H. SCHOORDIJK, *Onderhandelen te goeder trouw*, p. 61; J.B. VRANKEN, *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, p. 98 suiv.

<sup>64</sup> Le NBW est très dogmatique à cet égard, puisqu'il ne connaît, en dehors de la gestion d'affaires, que des obligations contractuelles qui naissent de l'acceptation d'une offre, schématisme unique proposé par l'art. 6:217 NBW. Pour une critique de cette conception, voy. G. GORLA, "Il dogma del consenso", *Riv. dir. civ.* 1956, 923, également in *Diritto comparato e diritto commune europeo*, Milano, Giuffrè 1981, p. 211 v. ; R. SACCO, "Contratto e negozio a formazione unilaterale", *Studii in onore di P. Greco*, Padova 1965, II; R. SACCO & G. di NOVA, *Trattato di diritto privato, Il Contratto*, 19 v.; et comp. E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, il Mulino 1977, p. 77 suiv.

comporte un délai pour l'acceptation ou que l'irrévocabilité n'en résulte autrement<sup>66</sup>. Si l'offre faite pour un temps déterminé est une "offre de récompense" (uitloving, Auslobung), elle peut même pendant ce temps être révoquée ou modifiée "pour des motifs sérieux" (art. 6: 220,1 NBW), mais cette révocation peut donner lieu à une obligation d'indemniser la personne qui avait déjà commencé l'exécution de la prestation demandée (art. 6:220, 2 NBW). Malgré ce dogmatisme des artt. 6:217 suiv. et de l'art. 6:1 NBW, la jurisprudence a reconnu l'existence, dans certaines circonstances, d'une obligation de continuer des négociations. Cela résultait déjà indirectement de l'arrêt Plas c. Valburg, qui a notamment reconnu la possibilité d'allouer à l'autre partie (une partie de) "l'intérêt positif". Dans l'arrêt-Koot, le Hoge Raad a accepté en plus la possibilité de condamner une partie à exécuter en nature cette obligation, c'est-à-dire de continuer les négociations, même sous peine d'astreinte<sup>67</sup>. Selon certains, il est pourtant nécessaire que cette obligation puisse être déterminée de manière suffisante<sup>68</sup>. Aussi, l'exécution de cette obligation en nature ne peut être demandée lorsqu'il s'agit d'un contrat dont l'exécution en nature ne pouvait davantage être demandée, comme p.ex. en cas de refus d'accorder un contrat de louage d'ouvrage ou entreprise<sup>69</sup>, et elle n'aura non plus beaucoup de sens lorsque le contrat à conclure exige une relation de confiance; mais l'allocation de dommages et intérêts pour "l'intérêt positif" y reste possible. La question de l'obligation de négocier est d'ailleurs comparable à celle de l'obligation de renégocier, connue surtout en matière d'imprévision<sup>70</sup>. Une alternative intéressante comparée à l'exécution en nature pourrait être la condamnation de la partie qui a rompu les négociations à fournir à l'autre partie tous les documents et informations nécessaires (contre indemnisation des frais) afin de continuer le projet avec un tiers<sup>71</sup>.

b) Dans quelles circonstances, la raison et l'équité exigent-elles la continuation des négociations ou

---

<sup>65</sup> Cela explique probablement aussi pourquoi celui qui fait une offre n'est plus lié par cette offre, dès que l'autre partie fait une contre-offre, p. ex. en répondant par une acceptation qui s'écarte de l'offre, ce qui est considéré comme un rejet de l'offre initiale entraînant sa caducité (art. 6:225, 1 j° 6:221, 2 NBW). Une exception à telle règle se trouve à l'art. 6:225, 2 : lorsqu'une réponse qui a pour but l'acceptation d'une offre y déroge seulement sur des points mineurs, elle équivaut à une acceptation et le contrat se forme selon celle-ci, à moins que l'offrant ne présente sans tarder des objections aux différences.

<sup>66</sup> Art. 6:219, 1 NBW. Voy. p. ex. HR 19-12-1969, Lindeboom c. commune d'Amsterdam, *NJ*, 1970, 154.

<sup>67</sup> HR 11-3-1983, Huurdersvereniging Koot c. Koot B.V., *NJ*, 585 obs. P.A. STEIN

<sup>68</sup> H. SCHOORDIJK, *Onderhandelen te goeder trouw*, p. 42. J.M. van DUNNE, *Verbintenissenrecht in ontwikkeling, Supplement 1986*, Deventer, Kluwer 1986, p. 28 suiv., rejette la condition que les obligations doivent déjà être suffisamment déterminables, parce qu'une obligation de négocier est précisément utile lorsque les obligations ne peuvent pas être déterminées autrement.

<sup>69</sup> Voy. l'art. 7A:1647 NBW qui correspond à l'art. 1794 C.C.; H. SCHOORDIJK, *Onderhandelen te goeder trouw*, p. 43, ainsi que p. 106 suiv.

<sup>70</sup> Pour les Pays-Bas : J.M. van DUNNE, "De verplichting tot heronderhandelen in geval van hardship", in *Iustitia et amicitia. geschillenbeslechting in en buiten rechte*, Arnhem, Gouda Quint 1985, 117 suiv., "Contractual revision of contracts in dutch law", *Netherlands reports to the twelfth international congress of comparative law, Sydney-Melbourne 1986*, 's Gravenhage 1986, 75 suiv. On connaît d'ailleurs bien l'arrêt Cour Paris 28-9-1976, EDF c. Shell française, *JCP* 1978, 18810 obs. J. ROBERT.

<sup>71</sup> Voy. un cas résolu en référé, traité par J.B. VRANKEN *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, p. 99.

d'obligations analogues ? Le Hoge Raad a repris dans l'affaire VSH c. Shell<sup>72</sup> la formule de l'art. 6.5.2.8a du projet (non repris au NBW) : en principe, il s'impose une confiance légitime qu'un contrat (valable) serait conclu; mais il résulte également de ce cas qu'une telle confiance n'est pas facilement acceptée par la jurisprudence lorsque la partie victime n'a pas agi sur la base de cette confiance<sup>73</sup>.

Les mêmes règles s'appliquent également lorsqu'il ne s'agit pas strictement parlant d'une rupture des négociations. Ainsi, dans l'arrêt Vogelaar c. Skil<sup>74</sup>, il s'agissait de l'échec d'un "projet commun" - *in casu* la formation d'une équipe de cyclisme - à cause de problèmes de financement, le défendeur n'ayant obtenu le sponsoring espéré.

Mais il y a des situations où cette confiance légitime ne doit pas nécessairement être présente. Pensons p. ex. à des relations de fait similaires à des relations contractuelles (Vertragsähnliches Verhältnis): les parties ne doivent-elles pas essayer de "normaliser" une telle relation, sauf si elles avaient précisément exclu la contractualisation ? Pensons à la situation où les obligations essentielles du contrat sont déjà exécutées par une partie en accord avec l'autre pendant qu'elles négocient encore<sup>75</sup>. Pensons également à la doctrine du refus illicite de contracter comme un cas d'application de la doctrine de l'abus de droit<sup>76</sup>.

c) Une obligation analogue est celle d'obtenir les consentements nécessaires de tiers. La plupart des cas rapportés concernent des autorités publiques, comme p. ex. dans l'arrêt commune de Heesch c. Reijs<sup>77</sup>. Même s'il s'agit normalement d'une obligation de moyens, elle peut être sanctionnée par des dommages et intérêts pour l'intérêt positif. Le problème se pose en termes quelque peu différents suivant que la partie négociante concluerait le contrat en son nom propre (mais avec le consentement d'un tiers) ou qu'elle le concluerait au nom d'un tiers représenté ou devrait laisser la conclusion finale à ce tiers (mandat de négocier, mais pas de conclure le contrat).

Dans le premier cas, le défaut de faire le nécessaire pour obtenir ce consentement peut néanmoins mener à une responsabilité pour l'intérêt positif de cette partie. On pourrait également comparer cette situation avec celle de l'art. 6:23 NBW : chaque fois qu'une partie qui a intérêt à la non-réalisation d'une condition, en empêche la réalisation, cette condition est considérée réalisée dès lors que la raison et l'équité le requièrent (il s'agit évidemment des cas où le but d'une convention n'était pas de dissuader quelqu'un de faire une chose). La disposition est plus large que celle de l'art. 1178 C.C., comme il ne s'agit pas seulement d'un débiteur, mais de chaque partie qui a intérêt à la non-réalisation d'une condition. Evidemment, on doit poser d'abord la question à qui il appartient d'obtenir le consentement du tiers, mais aussi vérifier si l'autre partie n'avait pas promis de le demander (comme dans l'affaire Heesch : le collègue n'était pas obligé de soumettre la proposition au conseil communal, mais puisqu'il

<sup>72</sup> HR 23-10-1987, VSH c. Shell, *NJ*, 1988, 1017 obs. C.J.H. BRUNNER.

<sup>73</sup> Ce dernier aspect est même considéré dans la récente dissertation de B.W.M. NIESKENS-ISPORDING comme le critère fondamental de toute obligation en dehors de la volonté réelle des parties : *Het fait accompli in het vermogensrecht*, pour notre matière spéc. p. 130-136.

<sup>74</sup> HR 31-5-1991, Vogelaar c. Skil, *NJ*, nr. 647 obs. P. van SCHILFGAARDE, également commenté par J.B. VRANKEN, *WPNR* n° 6011.

<sup>75</sup> H. SCHOORDIJK, *Onderhandelen te goeder trouw*, p. 23.

<sup>76</sup> L'importation de cette théorie aux Pays-Bas a surtout été défendue par J.J. NAGELKERKE, *Contractweigerig in het franse en nederlandse recht* (Le refus de contracter en droit français et néerlandais), diss. V.U. Amsterdam 1973.

<sup>77</sup> HR 13-2-1981, commune de Heesch c. Reijs, *NJ*, 1981, n° 456, obs. C.J.H. BRUNNER; H. SCHOORDIJK, *Onderhandelen te goeder trouw*, p. 25-27.

avait annoncé cette soumission, il devait au moins informer l'autre partie en temps utile de son changement d'avis, pour la permettre de soumettre elle-même la proposition au conseil communal). Dans l'autre cas, il s'agit des problèmes plus classiques de la représentation et du mandat apparent<sup>78</sup> (cfr. supra l'art. 3:61, 2 NBW). Mais le mandataire est personnellement garant de l'existence et de l'extension de sa procuration, sauf lorsque l'autre partie savait ou devait savoir qu'une procuration suffisante manquait ou lorsqu'il a communiqué complètement le contenu de sa procuration à l'autre partie (art. 3:70 NBW).

12. AUTRES EXIGENCES DE LA RAISON ET DE L'EQUITE (REGLES DE BON COMPORTEMENT) LORS DE L'ENTREE EN POURPARLERS ET PENDANT LES NEGOCIATIONS - Il y a nombre d'autres règles de bon comportement lors des négociations, dont certains d'origine légale et d'autres pas. Des règles spécifiques concernent p. ex. le droit de l'adjudication des marchés publics, notamment le Règlement Uniforme des Adjudications "UAR"<sup>79</sup>, les règles concernant les fusions et take-overs ("Fusiecode SER"), les règles concernant la manière dont des produits ou prestations doivent être décrits, peuvent être vantés, peuvent être offerts (p. ex. le démarchage de porte-à-porte), etc... (droit de la concurrence illicite et de la consommation), l'interdiction de publicité trompeuse ou mensongère (art. 6:194-196 NBW). On pourrait parler de la protection du sollicitant<sup>80</sup> et des problèmes posés par le principe d'égalité. Ou des obligations de confidentialité, qui font souvent l'objet d'un avant-contrat, mais qui peuvent également être basées sur la raison et l'équité. Nous nous limitons à indiquer quelques autres obligations générales qui peuvent résulter de la raison et de l'équité.

On ne négocie pas afin d'arracher à l'autre partie son savoir-faire (know-how)<sup>81</sup>. On ne négocie pas avec un tiers qui profite des frais exposés par une partie avec laquelle on a d'abord commencé à négocier (comp. l'arrêt Plas c. Valburg). On ne monte pas des gens les uns contre les autres de manière inconvenante, comme p. ex. dans l'arrêt Van Oosterom c. Majoor<sup>82</sup>: le vendeur d'un garage négociait en même temps avec deux concessionnaires intéressés à la reprise (l'un à l'insu de l'autre); vers la fin des négociations, il déclare de manière mensongère qu'il y a un concurrent offrant un prix meilleur, sachant que chaque partie avait surtout intérêt à ce que l'autre n'obtienne pas le garage (et pas tellement à l'obtenir pour soi-même). Dans un cas pareil, l'acheteur pourra annuler l'achat pour cause de dol, et l'autre partie pourra réclamer le dédommagement des frais exposés causés par ce comportement illicite.

L'exécution en nature d'une obligation de ne pas négocier avec un tiers (obligation convenue ou fondée sur la raison et l'équité) est-elle possible ? L'arrêt Stuyvers c. Eugster traite cette question, mais on ne peut pratiquement rien en déduire, parce qu'il s'agissait d'un pourvoi contre une ordonnance en référé<sup>83</sup>.

<sup>78</sup> Ce problème se posait également dans l'affaire VSH c. Shell, mais pas en cassation. Voy. J.M. van DUNNE, "Nemo dat quod non habet. Vertegenwoordigingsaspecten van het afbreken van fusieonderhandelingen", in *Tot vermaak van Slagter*, Deventer, Kluwer 1988, 65 suiv.

<sup>79</sup> Voy. J.J. GOUDSMIT, "Reglementen in het precontractuele stadium", *NJB* (Nederlands Juristenblad) 1974, 229 suiv.

<sup>80</sup> M.M. MENDEL, *De rechtsbescherming van de sollicitant, mede i.v.m. het psychologisch onderzoek waaraan hij zich onderwerpt*, Studiekring H. DRION n° 3, Deventer, Kluwer 1975.

<sup>81</sup> H. SCHOORDIJK, *Onderhandelen te goeder trouw*, p. 22.

<sup>82</sup> HR 16-1-1981, van Oosterom c. Majoor, *NJ*, nr. 426 obs. C.J.H. BRUNNER.

<sup>83</sup> HR 15-1-1981, Stuyvers c. Eugster, *NJ* 1982, 85 obs. C.J.H. BRUNNER.

13. LES EXIGENCES DE LA RAISON ET DE L'EQUITE LORS DE LA NON-CONCLUSION DU CONTRAT - Depuis l'arrêt Plas c. Valburg, on a l'habitude de distinguer 3 stades dans les négociations<sup>84</sup>. Au premier, il y a une liberté de rompre les négociations sans dédommagement, mais pouvant entraîner d'éventuelles obligations de restitution ou de compensation d'enrichissements injustes. Au second, la rupture est licite à condition de dédommager les frais (l'intérêt négatif). Au troisième, même l'indemnisation du manque à gagner (intérêt positif) peut s'avérer nécessaire.

Dans ce dernier cas, il s'agit d'estimer la perte de la chance à gagner<sup>85</sup>. Avant ce stade, le problème du lien de cause à effet suscite certaines difficultés, comme p.ex. dans l'arrêt van Oosterom c. Majoor. L'intérêt négatif peut contenir également un profit manqué, mais non celui du contrat négocié, mais celui d'autres contrats que l'on n'a précisément pas négociés ou conclus à cause des négociations en cours, ou que l'on a ratés par la faute de l'autre partie (p. ex. suite à une violation d'un devoir de confidentialité).

Même au premier stade, des obligations de restitution sont possibles. Le NBW distingue l'obligation de restitution qui correspond à la répétition de l'indu d'autres obligations directement basées sur la raison et l'équité. Nous axons ici l'attention sur 4 dispositions spécifiques<sup>86</sup>.

1. Lorsqu'un bien a été donné ou une autre prestation a été accomplie sans fondement juridique, on peut demander la restitution selon les règles du paiement de l'indu ("anéantissement") (art. 6:203 suiv. NBW).

2. Si l'anéantissement est exclu par la nature de la prestation, le remboursement de sa valeur au moment de la réception peut être demandé dans les 3 cas suivants dans la mesure où cette demande est raisonnable (art. 6:210, 2) : 1° si la prestation a enrichi celui qui l'a reçue, 2° si le fait que la prestation a été rendue lui est imputable, 3° s'il avait consenti à fournir une contreprestation (avec une application partielle de l'adage "in pari causa" à l'art. 6:211).

3. L'art. 6: 220, 2 NBW prévoit la possibilité d'une "indemnité équitable" pour un cas spécifique, notamment la révocation d'une offre de récompense, lorsque quelqu'un avait entretemps déjà commencé la prestation dont l'accomplissement donnerait droit à la récompense. En effet, puisqu'il ne s'agit pas d'une "offre demandant acceptation" (offer calling for acceptance), mais d'une "offre demandant une prestation" (offer calling for an act, promessa condizionata)<sup>87</sup>, l'autre partie se trouve dans une situation particulièrement vulnérable, lorsque l'on admet, comme le NBW, que l'offre peut être révoquée pour des motifs sérieux.

4. Finalement, il y a l'action subsidiaire pour réparation d'un enrichissement sans cause "dans la mesure où cela est raisonnable" (art. 6:212 NBW).

Comme intéressante pour notre sujet apparaît surtout la possibilité de demander le remboursement de

<sup>84</sup> Comp. p. ex. H. SCHOORDIJK, *Onderhandelen te goeder trouw*, p. 5; J.M. van DUNNE, in *Netherlands reports to the 13th International Congress of Comparative Law Montreal 1990*, p. (71) 76.

<sup>85</sup> C.J.H. BRUNNER, obs. sous HR 15-1-1981, *NJ*, 1982, 85.

<sup>86</sup> Pour un aperçu comparatif, comp. H. SCHOORDIJK, *Onderhandelen te goeder trouw*, p. 52 suiv.

<sup>87</sup> Voy. G. GORLA, "Promesse condizionate", in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, p. 231 suiv.; J. SUIJLING, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, Haarlem, Bohn 1928, I, n° 230 in fine.

la valeur d'une prestation dès lors que son accomplissement est imputable à celui qui l'a reçue. Il faut que ce soit bien cette prestation dont l'accomplissement est imputable à celui qui l'a reçue; ainsi, lorsqu'un contrat est annulé pour cause d'erreur non imputable à celui qui l'a reçue, et que cette erreur concerne précisément les qualités de la prestation reçue, l'accomplissement de cette prestation n'est pas imputable à celui qui l'a reçue, mais uniquement à l'autre partie<sup>88</sup>.

Evidemment, d'autres obligations mentionnées plus haut, peuvent ou doivent survivre à la rupture des négociations. Pensons à l'obligation de confidentialité à l'égard des informations obtenues de l'autre partie. Elle peut donner lieu à des obligations spécifiques de restitution (dessins, documents, etc.) ou obligations analogues, p. ex. celle de détruire ou d'effacer ces informations ou documents.

14. CONTENU DES EXIGENCES DE LA RAISON ET DE L'EQUITE LORS DE LA CONCLUSION D'UN CONTRAT - a) Au n° 11 a), on a déjà fait référence à la disposition de l'art. 6:219, 2, selon laquelle une offre faite "sans engagement" doit être révoquée "sans délai après l'acceptation", sous peine d'être lié par cette offre. On peut y ajouter la charge pour l'offrant, dans le cas d'une acceptation tardive, d'informer sans tarder l'autre partie de sa décision de considérer l'offre comme caduque, lorsqu'il savait ou devait savoir que l'acceptant ignorait le caractère tardif (art. 6:223, 2 NBW), la charge d'objecter sans tarder aux différences lorsqu'une acceptation déroge seulement sur des points mineurs de l'offre (art. 6:225, 2 NBW), et la charge de rejeter expressément l'application des conditions générales auquel le premier renvoi a été fait, lorsque les deux parties renvoient à des conditions générales différentes (art. 6:225, 3 NBW). Il s'agit en effet chaque fois de limitations à la liberté de ne pas contracter.

b) Comme les conditions générales de contrat révèlent une importance considérable aux Pays-Bas, il convient de s'attarder également sur les autres règles de comportement qui concernent la rédaction et surtout l'insertion et l'usage de telles conditions.

Le droit néerlandais n'oblige pas la partie qui utilise des conditions générales d'en communiquer le contenu à l'autre partie, pas même au moment de la conclusion du contrat (!) (art. 6:232 NBW), mais uniquement de lui donner "une possibilité suffisante d'en prendre connaissance" (art. 6:233 b NBW). Plus particulièrement, s'il n'est dans les conditions pour pouvoir les lui transmettre au plus tard lors de la conclusion du contrat, il suffit d'informer l'autre partie du fait qu'elles sont disponibles pour consultation chez lui ou ont été déposées auprès d'une Chambre de commerce qu'il indique ou d'un greffe d'un Tribunal, et de les envoyer sur demande dans la mesure où tel envoi peut raisonnablement être imposé à l'utilisateur (art. 6:234 NBW).

Cette position généreuse quant à l'incorporation de conditions générales dans un contrat est compensée par un contrôle accru de leur contenu : annulabilité des conditions anormalement onéreuses compte tenu de la nature du contrat et de son contenu, de la manière dont les conditions ont été formées, des intérêts réciproquement reconnaissables des parties et des autres circonstances de la cause (art. 6:233a NBW, sauf pour les grandes entreprises); une liste "noire" de conditions considérées d'office comme étant anormalement onéreuses et une liste "grise" de conditions présumées anormalement onéreuses ont été dressées pour les contrats de consommation aux artt. 6:236 et 6:237 NBW; la faculté d'annuler une clause comme anormalement onéreuse est refusée à ceux qui utilisent eux-mêmes des clauses similaires (art. 6:235, 3 NBW), ce que l'on appelle parfois "l'effet-boomerang" des clauses

<sup>88</sup> H. SCHOORDIJK, *Onderhandelen te goeder trouw*, p. 57-58.

onéreuses<sup>89</sup> : "he who comes to equity, must come with clean hands". En plus, même lorsque la clause reste en principe licite et valable, l'usage qui en est faite peut être contraire à la raison et à l'équité dans les circonstances de la cause (effet restrictif de la raison et de l'équité), et nous avons déjà vu que la manière dont la clause a été stipulée peut constituer une de ces circonstances (comp. supra n° 2, 4°).

On peut donc bien dire avec SCHOORDIJK que des tactiques de surprise ou d'assaut ne peuvent être validées par le droit<sup>90</sup>. Une forme spécifique d'une telle tactique est connue sous le nom de "clause des 4 coins" (vierhoekenbeding) ou "entire agreement clause", importé des Etats-Unis notamment par les constructeurs de matériel informatique. La possibilité d'écarter par surprise (notamment par une telle clause dans les conditions générales) tout ce qui a été dit ou écrit sans être repris expressément dans le contrat, est rarement acceptable : "donner et retenir ne vaut"<sup>91</sup>. Il n'est peut-être pas nécessaire d'annuler simplement la clause, mais elle ne peut empêcher une interprétation loyale du contrat.

15. EFFETS DES EXIGENCES PRECONTRACTUELLES DE LA RAISON ET DE L'EQUITE LORSQU'UN CONTRAT A ETE CONCLU - Nous arrivons ainsi aux effets des exigences précontractuelles après la conclusion d'un contrat.

a) On pourrait d'abord penser à l'obligation de fournir à l'autre partie une preuve du contrat, bien qu'il s'agisse plutôt d'une obligation contractuelle, donc d'un effet du contrat lui-même. En plus, on devrait d'abord parler de la charge de celui qui veut faire confiance à l'existence du contrat de se procurer la preuve (bien que le pendant de l'art. 1341 C.C. est depuis longtemps aboli aux Pays-Bas).

b) En relation avec les obligations précontractuelles traitées, il convient de rappeler quelques règles concernant la mise en œuvre de l'annulation d'un contrat. Ainsi, la partie dont le consentement a été vicié peut préférer des dommages et intérêts ou une réparation sous forme de modification du contrat à une annulation<sup>92</sup>. En plus, dans une série de cas, elle ne peut même pas (ou plus) invoquer la nullité (absolue) ou obtenir l'annulation (relative). Bien que dans certains cas, il s'agit de nouveau d'effets de la bonne foi "contractuelle" plutôt que "précontractuelle", il convient de les mentionner.

En matière d'annulabilité (nullité relative), l'on est déchu de la faculté d'annuler le contrat si l'on omet de choisir entre la confirmation et l'annulation après avoir reçu - après que le délai de prescription ait commencé à courir - un délai raisonnable pour choisir, d'une personne directement intéressé (art. 3:55,

<sup>89</sup> Comp. également HR 27-4-1984, Nationale Volksbank c. Helder, *NJ*, 79 obs. W.C.L. van der GRINTEN et le commentaire de J.M. van DUNNE, in *Netherlands reports to the twelfth international congress of comparative law, Sydney-Melbourne 1986*, p. (75) 79.

<sup>90</sup> H.C.F. SCHOORDIJK, "Hoe vat(te) de Burgerlijke kamer van de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak op ?", *De Hoge Raad der nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle, Tjeenk Willink 1988, p. (3) 25-26.

<sup>91</sup> Voy. E.H. HONDIUS, "De 'entire agreement' clause : amerikaanse contractsbedingen in het nederlandse recht", *Recht als norm en als aspiratie. Opstellen over recht en samenleving t.g.v. het 350-jarig bestaan van de Utrechtse juridische Faculteit*, Nijmegen 1986, 24 suiv.; notre thèse de doctorat M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, n° 183.

<sup>92</sup> Comp. H.C.F. SCHOORDIJK, *Onderhandelen te goeder trouw*, Studiekring Offerhaus n° 18, Deventer, Kluwer 1984, p. 13-14 : l'action en dommages et intérêts peut "survivre" la conclusion du contrat.

2 NBW)<sup>93</sup>; la raison et l'équité commandent ensuite d'accepter le maintien d'un contrat conclu sous l'influence d'une erreur ou d'un abus de circonstances lorsque l'autre partie propose en temps utile une modification des effets du contrat, mettant fin au préjudice de façon adéquate<sup>94</sup>; enfin, si les effets déjà intervenus d'un acte juridique peuvent difficilement être anéantis, le juge peut, sur demande, priver l'annulation d'effet en tout ou en partie, et éventuellement obliger la partie qui profite injustement de cette décision à payer une indemnité à celui qui de ce fait subit un préjudice (art. 3:53, 2 NBW).

En matière de nullité automatique (absolue), la déchéance de l'art. 3:55, 2 ne joue pas, ni l'art. 3:54, 1. Mais la raison et l'équité exigent d'accepter la "conversion" de ce contrat dans un autre contrat valable, lorsque la portée de cet autre contrat (valable) correspond à tel point à celle du contrat nul qu'il faut présumer que les parties l'auraient conclu si elles avaient renoncé au contrat nul à cause de son invalidité (art. 3:42 NBW). Finalement, bien que l'art. 3:53, 2 ne s'applique pas davantage, les effets de l'annulation quant aux transactions du passé peuvent également être limités sur la base des exigences de la raison et de l'équité<sup>95</sup>.

c) Il résulte déjà des nos. précédents, spéc. 14 in fine, que le comportement précontractuel des parties se répercute sur l'interprétation et la détermination du contenu des obligations contractuelles. Depuis l'arrêt *Ermes c. Haviltex*<sup>96</sup>, la jurisprudence du Hoge Raad est fermement établie dans ce sens que l'interprétation du contrat ne dépend ni uniquement de sa lettre, ni uniquement de l'intention des parties, mais consiste à déterminer "le sens que les parties pouvaient, dans les circonstances de la cause, donner raisonnablement aux (déclarations) et ce qu'elles pouvaient raisonnablement attendre réciproquement"; en d'autres mots : le principe qui régit l'interprétation des contrats est exactement le même que celui qui détermine si un contrat a été conclu ou non<sup>97</sup>. Ne devrait-on pas conclure que la formation du contrat et la détermination de son contenu et de ses modalités ne forment qu'une même question ? En tout cas, les exigences de la bonne foi lors de la formation du contrat déterminent également son contenu. Ainsi, le Hoge Raad a jugé qu'une partie peut avoir, selon les circonstances, un devoir d'investigation quant au sens d'un terme employé par l'autre partie<sup>98</sup>. Et les circonstances qui nous permettent de reconnaître un tel devoir sont sans doute celles qui ont été mentionnées supra.

---

<sup>93</sup> Comp. la disposition analogue en cas de mandat apparent dans l'art. 3: 69, 4 NBW.

<sup>94</sup> Art. 6:230,1 c.q. 3:54, 1 NBW. Un tel maintien, même sous modification, ne doit par contre pas être accepté en cas de dol ou menaces (art. 3:54 NBW a contrario)

<sup>95</sup> P. ex. HR 13-5-1977, *Brilmij c. Groninger Ziekenfonds*, NJ 1978, 154 (refus d'une mutualité d'exécuter un arrangement de tiers payant, exécuté par un opticien, qui se trouvait ainsi dans l'impossibilité humaine de se faire payer les prestations effectuées); HR 5-11-1982, *Ziekenfonds Midden-Brabant c. Klijsen*, NJ 1984, 125 obs. C.J.H. BRUNNER (répétition de paiements faits par une mutualité sur la base d'une convention avec des pharmaciens qui n'avait pas l'approbation nécessaire). Cette jurisprudence est "contra legem", au moins dans le second cas (la disposition légale qui empêche la répétition dans certains cas, l'art. 6:211 NBW, est beaucoup plus restrictive, et vise surtout le "in pari causa turpitudinis"), mais basée sur la théorie de la forclusion (*rechtsverwerking*, *estoppel*) comme application du principe général de la raison et de l'équité (art. 6:2 NBW). Comp. les règles concernant la dissolution au lieu d'annulation des sociétés anonymes.

<sup>96</sup> HR 13-3-1981, *Ermes c. Haviltex*, NJ, 635 obs. C.J.H. BRUNNER, 30. AA, 355 obs. P. van SCHILFGAARDE. Voy. également HR 23-9-1988, *Bouten c. Helmond*, NJ 1989, 35.

<sup>97</sup> Comp. art. 3:35 NBW et HR 17-12-1976, *Erckens c. Bunde*, NJ 1977, 241, cités *supra* n° 8.

<sup>98</sup> HR 4-1-1991, *Avery International c. VRG, RvdW*, n° 26 p. 94.

L'importance croissante des obligations et charges "précontractuelles" pour la détermination même du contenu des obligations contractuelles peut être illustrée par l'évolution du régime juridique de la garantie pour vices cachés : à son origine une responsabilité précontractuelle (un aménagement de l'annulation pour erreur combiné avec dommages et intérêts pour violation d'un devoir précontractuel de vérification et/ou information<sup>99</sup>), elle a été minimalisée par la jurisprudence du Hoge Raad <sup>100</sup>, pour finalement être abrogée et intégrée dans la responsabilité contractuelle, comme le faisait d'ailleurs déjà la L.U.V.I. Pourtant, en cas de vices cachés d'une chose spécifique ou qui entâchent tous les exemplaires du genre, la prestation attendue par l'autre partie est impossible dès la conclusion du contrat, et l'on devrait logiquement conclure à l'annulation, éventuellement assortie de dommages et intérêts pour l'intérêt négatif. Mais le comportement de la première est de plus en plus interprétée comme une garantie "positive", c'est-à-dire pour l'intérêt positif, et le cas est alors traité comme une inexécution d'une obligation contractuelle.

#### QUATRIEME PARTIE. FONDEMENTS JURIDIQUES ET AUTRES QUESTIONS THEORIQUES

16. QUELQUES REMARQUES SUPPLEMENTAIRES CONCERNANT LES FONDEMENTS JURIDIQUES - La question du fondement juridique de ces obligations et sanctions a déjà été traitée aux nos. 4-7. Il en résulte que la raison et l'équité est considérée comme un principe général de droit, consacré par la loi, mais dont le contenu doit être déterminé par la jurisprudence sur la base des autres principes généraux de droit généralement reconnus, des conceptions de droit qui ont cours aux Pays-Bas, ainsi que des intérêts sociaux et personnels en cause, et élaboré en conformité avec le système de la loi, c'est-à-dire en raisonnant autant que possible par analogie avec les cas traités par la loi.

Il ne nous reste que quelques mots à dire concernant certains fondements proposés spécifiquement en matière précontractuelle.

a) L'avant-contrat. Il y a évidemment des cas où l'on se trouve dans la présence d'un avant-contrat réel<sup>101</sup>, mais la doctrine néerlandaise a rarement cherché à expliquer les effets de la raison et de l'équité précontractuelles par l'idée d'un avant-contrat<sup>102</sup>. En plus, comme nous avons de le démontrer, la distinction entre ce qui est contractuel et ce qui ne l'est pas, s'estompe en droit néerlandais, notamment depuis l'arrêt Plas c. commune de Valburg.

---

<sup>99</sup> Comp. notre thèse de doctorat M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, n° 428 suiv.

<sup>100</sup> P. ex. HR 16-5-1952, Arza, *NJ* 1953, 459 obs. Ph. HOUWING. 1. AA, 172 obs. J. DRION; HR 10-5-1963, Van den Hoek c. Smit, *NJ* 1963, 288 obs. H.B.; HR 3-4-1970, Vanandel c. C.P., *NJ*, 252 obs. G.J. SCHOLTEN, AA 1971, 440 obs. H.K. KÖSTER; le dernier pas n'a pas été franchi : HR 1-12-1972, Hogerheide c. Olivetti, *NJ*, nr. 103. Pour plus de détails, comp. J.M. van DUNNE, *Verbintenissenrecht in ontwikkeling, Supplement* 1987, p. 83 suiv.

<sup>101</sup> Voy. p. ex. J.M. van DUNNE, in *Netherlands reports to the 13th International Congress of Comparative Law Montreal 1990*, p. (71) 81 suiv.

<sup>102</sup> Des auteurs qui ont développé l'idée sont p. ex. P. ZONDERLAND, "Precontractuele verhoudingen in de bouw en het zogenaamd economisch bouwrecht", *Bouwrecht* 1975, 260; J. SPIER, *Overeenkomsten met de overheid*, diss. Leiden 1981, Deventer, Kluwer 1981.

b) L'abus de droit. Le droit civil néerlandais ne part pas de la conception d'abus de droit au sens large, et connaît uniquement celle d'abus de pouvoir (*misbruik van bevoegdheid*), notamment à l'art. 3:13 NBW (où l'on retrouve d'ailleurs les critères classiques de cette doctrine). Plus précisément, il n'a pas développé une doctrine uniforme d'abus de droit pour toutes sortes de droit subjectif, mais a différencié cette doctrine selon les catégories de droits subjectifs<sup>103</sup>, et notamment selon qu'il s'agit de droits subjectifs au sens strict ou de pouvoirs<sup>104</sup>. La notion de raison et équité (la bonne foi objective) a évincé complètement celle d'abus de droit en ce qui concerne les droits subjectifs au sens strict, nous croyons à juste titre, parce que la seconde ne convient pas pour ce genre de droits. La critique de PLANIOL a donc été accueillie mieux aux Pays-Bas qu'en France. En effet, ce que l'on appelle souvent le rôle "restrictif" ou "correcteur" de la bonne foi objective ne se réduit pas à limiter le choix qui pourrait exister entre diverses modes d'exercice d'un droit, sans atteindre le contenu du droit lui-même, mais concerne aussi la détermination du contenu même des obligations. En ce qui concerne les droits subjectifs au sens strict, il est même impropre de parler de "l'exercice" (*uitoefening*) de ces droits : on exerce un pouvoir, mais on fait valoir un droit s.s. (par voie d'action ou d'exception, par voie de revendication ou de discussion (saisie, exécution parée etc...), par voie de rétention ou de compensation, etc...) (même si la manière de faire valoir ce droit implique au deuxième degré des pouvoirs, auxquels les critères d'abus de pouvoir peuvent être appliqués). Finalement, la théorie de l'abus de droit ne peut nous suffire en matière précontractuelle, parce qu'il y a précisément des cas où une partie est obligée d'indemniser l'autre sans que son comportement puisse être considéré comme illicite (cfr. supra).

17. L'AMENAGEMENT CONTRACTUEL DES EXIGENCES DE LA BONNE FOI PAR DES CONVENTIONS OU CLAUSES - Cette question nous emmène dans un cercle, vicieux ou vertueux selon l'appréciation. En effet, les obligations et charges développées comme exigences de la bonne foi, peuvent être précisées ou modifiées par des conventions entre parties, mais des règles comparables s'appliqueront toujours à ces avant-contrats. D'autre part, la possibilité de transiger sur les conséquences d'une

---

<sup>103</sup> La thèse ici décrite est rarement explicitée par les auteurs néerlandais. Il faut probablement être un étranger, éduqué dans une tradition juridique plus française, mais en même temps néerlandophone, pour expliciter en français les nuances que suscite la terminologie juridique des Pays-Bas et l'usage qui en est faite. On fait parfois de la prose sans le savoir... La distinction que nous proposons dans ce texte semble être rejetée par H.C.F. SCHOORDIJK, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W.*, p. 25 suiv., mais sa critique n'est pas tellement dirigée contre une différenciation entre droits subjectifs s.s. et pouvoirs, mais contre la conception de RODENBURG, *Misbruik van bevoegdheid*, diss. V.U. Amsterdam 1985, Deventer, Kluwer 1985, spéc. p. 60, qui différencie les critères selon qu'il s'agirait de relations régies par la bonne foi (la raison et l'équité) ou de relations non régies par la bonne foi. SCHOORDIJK lui-même distingue aux pp. 28 les pouvoirs et les droits subjectifs s.s., et déclare à la page 32 que le concept de droit subjectif est superflu.

<sup>104</sup> Les droits subjectifs dans le sens strict sont les "aanspraken", "Ansprüche" en allemand (parfois traduit par "prétention", parfois par "action", mais ces notions indiquent plutôt un droit prétendu qu'un droit s.s.). Les pouvoirs sont les "bevoegdheden", "Befugnisse" en allemand (littéralement "compétence", mais notion plus large). Il est aisé de les distinguer en, indiquant leur revers : le revers d'un droit subjectif s.s. est un devoir propre (obligation, etc.), celui d'un pouvoir est l'assujettissement à la décision d'autrui. Pour plus de détails, comp. W. van GERVEN, *Beginselen van belgisch privaatrecht. Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard 1973, n° 30-32, et S. STIJNS, "Abus, mais de quel(s) droit(s)", *J.T.*, 1990, p. (33) 37 suiv.

Ainsi p. ex. les droits subjectifs s.s. se prescrivent, mais peuvent après leur prescription encore être opposés par voie d'exception. Des pouvoirs ne se prescrivent pas, mais leur exercice peut être limité dans le temps : après cette limite, leur exercice par voie d'exception ne se conçoit plus.

éventuelle responsabilité précontractuelle n'a rien de spécifique. La raison et l'équité domineront également cette convention, comme il résulte déjà de nos remarques concernant la clause des 4 coins.

Vouloir se libérer complètement des exigences de la raison et de l'équité par une clause particulière ressemble au comportement du Baron von Münchhausen qui voulait s'extraire du marais par ses propres cheveux.

Mais peut-être tout juriste ressemble-t-il malgré lui au Baron von Münchhausen, le droit étant un système autoréférentiel et même "autopoïétique"<sup>105</sup> ?

---

<sup>105</sup> Voy. notre discours de rentrée au Barreau néerlandais de Bruxelles, 8 novembre 1991, "Le procès des faits", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1992-28, 111 suiv.