

# L'ÉCONOMIE DE LA BONNE FOI CONTRACTUELLE\*

*Ejan Mackaay\*\**

*Violette Leblanc\*\*\**

*Nicolette Kost-de Sèvres\*\*\*\**

*Emmanuel S. Darankoum\*\*\*\*\**

INTRODUCTION.....	423
I. LA BONNE FOI – LA THÉORIE.....	427
A. Survol de la doctrine traditionnelle.....	427
1) Droit interne et droit comparé.....	427
2) Droit international.....	431
B. Une lecture économique.....	435
1) Asymétrie.....	438
2) Avantage indu.....	439
3) Seuil de gravité.....	440
II. LA BONNE FOI – LA PRATIQUE.....	442
A. Décisions.....	442
B. Concepts dérivés.....	445
1) Dol.....	447
2) Garantie contre les vices cachés.....	449
3) Lésion.....	453
CONCLUSION.....	458

---

\* Nous remercions le Fonds Georg Stellari de l'appui financier qui a permis de faire la recherche nécessaire pour le présent article. Nous remercions les professeurs Stéphane Beaulac, Elise Charpentier, Vincent Gautrais, David Gruning, Brigitte Lefebvre, Guy Lefebvre, Michel Morin, Adrian Popovici, Stéphane Rousseau et Catherine Valcke pour leurs conseils qui nous ont aidé dans la préparation de l'article.

\*\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

\*\*\* LL.B (Montréal), candidate à la maîtrise à l'Université de Montréal.

\*\*\*\* LL.B (Montréal), candidate à la maîtrise à l'Université de Montréal.

\*\*\*\*\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

**L**e Code civil du Québec de 1994, qui porte la marque de Jean Pineau, fait jouer à la bonne foi un rôle central, plus important que dans l'ancien Code. Ce rôle important est mis en évidence dès les premiers articles du Code par la formule très générale employée à l'article 6, qui impose à tous d'exercer leurs droits civils selon les exigences de la bonne foi. Il se reflète également dans les articles 7 et 1375, qui énoncent d'autres dispositions de portée générale<sup>1</sup>. En tout, 86 articles du Code évoquent les termes « bonne foi » ou « mauvaise foi »

En lui accordant une place centrale, le Code s'inscrit dans un mouvement de la remise en valeur de la bonne foi, également observable dans d'autres pays civilistes, comme les Pays-Bas. Les Néerlandais, en recodifiant leur droit civil à la même époque que le Québec, vers la fin du XX<sup>e</sup> siècle, ont reconnu comme principes fondateurs la notion subjective de « bonne foi-ignorance justifiée » et la notion objective de « bonne foi-loyauté », rendue par le nouveau terme « critères de raison et d'équité »<sup>2</sup>. Les *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats commerciaux internationaux*, adoptés en 1994, réservent également une place importante à la bonne foi, en énonçant en leur article 1.7, paragraphe premier, que « les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le

---

1. *Code civil du Québec* :

6. Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi.

7. Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

1375. La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction.

2. Le Code civil néerlandais est élaboré et mis en vigueur par tranches. Voir *New Netherlands Civil Code – Patrimonial Law/Le nouveau Code civil néerlandais – Le droit patrimonial*, traduit par Peter P.C. HAANAPPEL et Ejan MACKAAY, édition trilingue, Boston, Kluwer et Deventer, 1990; *New Netherlands Civil Code – Patrimonial Law – Book 8 – Traffic Means and Transport/Le nouveau Code civil néerlandais – Livre huitième – Du transport et des moyens de transport*, traduit par Peter P.C. HAANAPPEL et Ejan MACKAAY, édition trilingue, La Haye, Kluwer Law International, 1995; *Netherlands Business Legislation*, traduit par Peter P.C. HAANAPPEL, Ejan MACKAAY, Hans WARENDORF et Richard THOMAS, La Haye, Kluwer Law International, 1999.

Les articles 2, 248 et 258 du Livre sixième « Des obligations » énoncent les dispositions clés :

Article 6:2

1. Le créancier et le débiteur sont tenus de se comporter l'un envers l'autre suivant les exigences de la raison et de l'équité.

2. La règle à laquelle leur rapport est soumis en vertu de la loi, de l'usage ou d'un acte juridique ne s'applique pas dans la mesure où, en la circonstance, cela serait inacceptable d'après des critères de la raison et de l'équité.

commerce international»<sup>3</sup>. Le survol d'un éventail de droits nationaux que Litvinoff a fait paraître en 1997 montre l'ampleur du mouvement<sup>4</sup>.

On s'entend généralement pour assigner au droit des contrats l'objectif d'assurer la conformité des arrangements contractuels aux exigences de la bonne foi. Mais le rôle précis que doit jouer la notion de bonne foi dans la poursuite de cet objectif général est controversé. Pour certains, il faut assurer la bonne foi par l'articulation d'une règle générale et abstraite à cet effet; pour d'autres, il vaut mieux le faire à travers une multitude d'institutions particulières qui n'évoquent pas le terme, la bonne foi ne servant alors que de barème moral, de standard. Les systèmes civilistes tendent vers la première position, la common law, vers la deuxième. La distinction n'est cependant pas étanche, car, si le droit anglais demeure réfractaire à la bonne foi comme règle juridique<sup>5</sup>, aux États-Unis, le *Uni-*

#### Article 6:248

1. Le contrat ne produit pas seulement les effets juridiques convenus entre les parties, mais également ceux qui, suivant la nature du contrat, découlent de la loi, de l'usage ou des exigences de la raison et de l'équité.

2. La règle à laquelle leur rapport est soumis par l'effet du contrat ne s'applique pas dans la mesure où, en la circonstance, cela serait inacceptable d'après des critères de la raison et de l'équité.

#### Article 6:258

1. Le juge peut, à la demande de l'une des parties, modifier les effets du contrat ou le résilier en tout ou en partie en raison de circonstances imprévues d'une nature telle que, d'après des critères de la raison et de l'équité, l'autre partie ne peut s'attendre au maintien intégral du contrat. La modification ou la résiliation peut être accordée avec effet rétroactif.

2. La modification ou la résiliation n'est pas prononcée dans la mesure où les circonstances invoquées par le demandeur, de par la nature du contrat ou de l'opinion généralement admise, lui incombent.

3. Pour l'application du présent article, est assimilé à une partie au contrat celui à qui a été transmis un droit ou une obligation en résultant.

3. Le texte se trouve aux adresses suivantes : <http://www.jus.uio.no> et <http://www.unidroit.org>. Voir aussi Paul-André CRÉPEAU, avec la collaboration de Élise M. CHARPENTIER, *Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées?/The UNIDROIT Principles and the Civil Code of Québec: Shared Values?*, Toronto, Carswell, 1998.

4. Saul LITVINOFF, « Good Faith », (1997) 71 *Tulane L. Rev.* 1645.

5. Par exemple, Stephen M. WADDAMS, « Pre-Contractual Duties of Disclosure », dans Peter CANE et Jane STAPLETON (dir.), *Essays for Patrick Atiyah*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 237, à la page 256; J. F. O'CONNOR, *Good Faith in English Law*, Aldershot, Hants, Dartmouth, 1990, p. 48; Gunther TEUBNER, « Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Ends Up in New Divergencies », (1998) 61 *Modern L. Rev.* 11. À l'appui de la bonne foi, cependant, voir Jane STAPLETON, « Good Faith in Private Law », (1999) 52 *Current Legal Problems* 1.

*form Commercial Code*, qui, malgré l'absence de force obligatoire, a inspiré un large mouvement d'adoption dans les législations étatiques, comporte de nombreuses dispositions évoquant expressément la bonne foi<sup>6</sup>. Parmi les systèmes civilistes, généralement favorables à l'emploi de la bonne foi, ceux qui s'inscrivent dans la tradition germanique y font plus facilement appel que ceux d'inspiration française.

Quel que soit le rôle dévolu à la bonne foi dans les différents systèmes, il importe de savoir ce qu'il faut entendre par ce terme. La réponse que la doctrine permet de distiller est loin d'être précise. Certes, on croit savoir reconnaître la mauvaise foi ou l'absence de bonne foi, lorsqu'elle se présente, mais on peine à expliciter les critères généraux qui peuvent en sous-tendre la reconnaissance.

Nous formons l'hypothèse que, malgré la variation des rôles que les différents systèmes juridiques font jouer à la bonne foi, la notion présente, dans sa structure profonde, si l'on peut dire, des constantes communes. Le but du présent article est de capter cette structure profonde de la notion – floue, il est vrai – de bonne foi par une analyse fonctionnelle, à l'aide des outils de l'analyse économique du droit.

Nous formons l'hypothèse additionnelle que les constantes caractérisant la bonne foi devraient se refléter, ne serait-ce qu'en filigrane, dans les raisons écrites données par les décideurs qui s'appuient sur la notion. Cette hypothèse peut se vérifier dans les décisions. Il nous a semblé opportun d'étudier un échantillon de différends afférents au commerce international, parce que les décideurs internationaux ne sont pas liés par la jurisprudence et la doctrine, parfois touffue, qui s'est constituée sur la bonne foi dans les systèmes nationaux. Nous avons donc étudié des décisions qui appliquent les dispositions de la *Convention des nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (1980) ou qui s'inspirent des *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats commerciaux internationaux* (1994).

---

6. E. Allan FARNSWORTH, « Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws », (1994) 3 *Tulane J. Int'l Comp. L.* 47, 52.

Certains ont soutenu que la bonne foi, notion générale, a été la source ou le moule d'un éventail de concepts particuliers pour lesquels des régimes spécifiques se sont développés<sup>7</sup>. Ce serait le cas du dol et de l'erreur, des vices cachés, des devoirs de coopération et de loyauté en matière de mandat. Si l'hypothèse est juste, on devrait retrouver, dans la jurisprudence et dans la synthèse qu'en a faite la doctrine pour formaliser les règles régissant ces institutions spécifiques, le reflet des caractéristiques générales de la bonne foi recherchées dans le présent article. Cette thèse se prête également à la vérification.

Nous limiterons notre étude à la bonne foi contractuelle, laissant de côté la variante de la bonne foi, dite « subjective », importante pour le droit des biens, qui caractérise, par exemple, l'acheteur involontaire de choses volées ou le propriétaire qui acquiert par prescription le droit sur un objet qui ne lui appartient pas. Il s'agit ici de cas d'ignorance justifiable de la situation juridique exacte. Cette notion pourrait certes, elle aussi, utilement faire l'objet d'une analyse économique, mais la logique est différente et justifie un article distinct<sup>8</sup>.

Les considérations qui précèdent suggèrent le plan à adopter. Nous présenterons le cadre théorique (I), en examinant la bonne foi dans la doctrine traditionnelle (A), dont l'insuffisance justifie d'en faire une lecture économique (B). Dans un deuxième temps nous vérifierons la conception économique ainsi développée (II), en la confrontant aux décisions analysées (A) et à l'analyse faite par la doctrine de concepts qui émanent de la bonne foi (B).

- 
7. Par exemples Menezes CORDEIRO, « La bonne foi à la fin du vingtième siècle », (1996) 26 *R.D.U.S.* 223, 240 et suiv.; H.C.F. SCHOORDIJK, *De privaatrechtelijke rechtscultuur van de twintigste eeuw in context* [La culture du droit privé du vingtième siècle en contexte], Amsterdam, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, 2003, p. 42: « [traduction] la bonne foi constitue et en Allemagne, et aux Pays-Bas le moteur de la formation du nouveau droit [...] ».
  8. Analyse esquissée par Ejan MACKAAY, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », dans Bruno DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas, 2002, p. 11, à la page 23. Sur la distinction voir entre autres Martijn H. HESSELINK, « Good Faith », dans Arthur S. HARTKAMP et Christian VON BAR (dir.), *Towards a European Civil Code*, 2<sup>e</sup> éd., Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1998, p. 285, à la page 287.

## I. LA BONNE FOI – LA THÉORIE

A. *Survol de la doctrine traditionnelle*1) *Droit interne et droit comparé*

La doctrine civiliste tend à voir la bonne foi comme un principe général<sup>9</sup>. Par ce terme, elle entend « une règle générale au contenu imprécis dont le rôle est de fédérer un certain nombre d'autres règles »<sup>10</sup>, qui en sont les applications concrètes. Il n'est pas difficile d'apercevoir une multitude d'applications de la bonne foi qu'il appartient aux tribunaux de définir et de préciser : obligation de négociier de bonne foi, obligation de confidentialité dans les négociations pré-contractuelles, obligation de loyauté dans l'exécution du contrat, obligation d'information avant et pendant le contrat, obligation de coopération avec le cocontractant pour la bonne exécution du contrat<sup>11</sup>.

En droit québécois, le codificateur a voulu que ce principe gouverne la naissance des obligations, leur exécution et leur extinction, comme en témoignent les formules générales employées aux articles 6, 7 et 1375<sup>12</sup>. Quelques décisions de la Cour suprême du Canada sont venues renforcer cette lecture de la bonne foi<sup>13</sup>. S'agissant d'un principe, la bonne foi sous-tend de nombreuses applications précises dans les articles du *Code civil du Québec*; par exemple, le devoir de coopération est un élément de la définition du contrat de société (art. 2186); le devoir de loyauté est pres-

- 
9. Ou beaucoup plus. M. H. HESSELINK, *loc. cit.*, note 8, 288 et 289, résume son survol ainsi : « Good faith is said to be a norm, a (very important) principle, a rule, a maxim, a duty, a rule or standard for conduct, a source of unwritten law, a general clause. To an English lawyer – often accused by his continental European colleagues of making inconsistent use of terminology – this may seem rather confusing. »
  10. Béatrice JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats – Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris, Dalloz, 2001, n° 687, p. 187.
  11. Pour une liste plus détaillée, autant en droit civil qu'en common law : Simon WHITTAKER et Reinhard ZIMMERMAN, « Coming to Terms with Good Faith », dans Reinhard ZIMMERMAN et Simon WHITTAKER (dir.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 653, à la page 676.
  12. Pierre-Gabriel JOBIN, « La modernité du droit commun des contrats dans le *Code civil du Québec* : quelle modernité? », (2000) 52 *Rev. int. dr. comp.* 49, 53.
  13. *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Houle c. Banque nationale du Canada*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554.

crit à l'employé et au mandataire (art. 2088, 2138, 1309 et 2238); le mandant a une obligation de coopération avec le mandataire pour favoriser l'accomplissement du mandat (art. 2549) et le mandataire doit éviter tout conflit avec les intérêts du mandant (art. 2138); en matière de dol, le silence et la réticence peuvent être assimilés au mensonge (art. 1401, al. 2). Pour certains, le concept de vices cachés (art. 1726 et suiv.) et la jurisprudence qui en traite sont une application du principe de la bonne foi<sup>14</sup>.

Quel rôle joue alors la bonne foi dans la constellation d'institutions particulières qui ont toutes leur régime propre? Une volumineuse doctrine s'est penchée sur la question, qui se pose d'ailleurs dans une optique comparative<sup>15</sup>. La bonne foi joue globalement un rôle complétif. Dans la phase précontractuelle, elle est invoquée pour délimiter la liberté de rompre les négociations<sup>16</sup>. Elle sous-tend l'obligation d'information sous ses deux aspects, le devoir d'informer son partenaire contractuel et le devoir de s'informer soi-même, et, dans la phase précontractuelle, les obligations de conseil et de confidentialité<sup>17</sup>. Sur le terrain de la formation du contrat, la force obligatoire de l'offre est analysée comme relevant de la bonne foi<sup>18</sup>. Le contrat affecté de vices et le cas particulier de la lésion qualifiée en sont également des illustrations<sup>19</sup>. Dans l'exécution du contrat, la bonne foi est invoquée pour compléter le contrat, mais elle a aussi un rôle de modulation, un rôle d'adaptation et un rôle d'interprétation.

Il convient alors de déterminer les contours de cette notion, qui est invoquée à tant d'endroits. On peut convenir avec Ripert que l'appel à la

- 
14. S. WHITTAKER et R. ZIMMERMAN, *loc. cit.*, note 11, 676.
  15. Par exemple, au Québec, Brigitte LEFEBVRE, « La bonne foi : notion protéiforme », (1996) 26 *R.D.U.S.* 321; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998; Louise ROLLAND, « La bonne foi dans le *Code civil du Québec* : Du général au particulier », (1996) 26 *R.D.U.S.* 378. Adrian POPOVICI, « Le sort des honoraires extrajudiciaires », (2002) *R. du B.* 53, 98-103 (voir p. 100, où la mauvaise foi est assimilée à une faute). En droit comparé, voir en particulier TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La bonne foi*, t. XLIII, Paris, Litec, 1994; Pierre VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général? », [1987] *R.G.D.C.* 101; Filippo RANIERI, « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law », (1998) *Rev. int. dr. comp.* 1055.
  16. Voir Yvon LOUSSOUARN, « Rapport de synthèse sur la bonne foi », dans TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, note 15, p. 15.
  17. *Id.*
  18. M. CORDEIRO, *loc. cit.*, note 7, 240.
  19. L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 15; Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* », (1999) 44 *McGill L. J.* 903.

bonne foi tend à moraliser le droit civil<sup>20</sup>, mais cette considération ne permet pas de la rendre opérationnelle. Pour mieux la circonscrire, la doctrine invoque des termes comme « loyauté »<sup>21</sup>, « honnêteté », « intégrité »<sup>22</sup>, « fidélité », « droiture », « véracité »<sup>23</sup>, « comportement loyal », « souci de coopération », « absence de mauvaise volonté », « absence d'intention malveillante »<sup>24</sup>, qui correspondent à ceux que l'on trouve en anglais : « fairness, fair conduct, reasonable standards of fair dealing, decency, reasonableness, decent behavior, a common ethical sense, a spirit of solidarity, community standards of "fairness" and "honesty in fact" »<sup>25</sup>; l'absence de bonne foi signale un comportement « blâmable », « choquant », « déraisonnable »<sup>26</sup> et en anglais « *unconscionable* »<sup>27</sup>. Et voici une formulation qui décrit la bonne foi dans l'ancien droit français : « [la bonne foi] suppose que le consentement soit valable, que les parties s'abstiennent de toute trahison, de toute violence, de toute malhonnêteté, de toute fraude; mais aussi qu'il soit vraisemblable et raisonnable; enfin que le contrat ne heurte ni le droit divin, ni les bonnes mœurs, ni même le "profit commun" »<sup>28</sup>. Ce qui constitue un comportement loyal dans des circonstances particulières peut être indiqué par les pratiques commerciales ou autres, ou par les usages. Le Code civil néerlandais dispose, en son article 3:12, qu'« en déterminant ce que demandent la raison et l'équité, on doit tenir compte des principes de droit généralement reconnus, des conceptions du droit qui ont cours aux Pays-Bas, ainsi que des intérêts sociaux et personnels en cause »<sup>29</sup>. Lefebvre, dans la conclusion de sa thèse, soutient que la notion de bonne foi doit

- 
20. Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1949, p. 291; S. WHITTAKER et R. ZIMMERMAN, *loc. cit.*, note 11, 677.
  21. Élise M. CHARPENTIER, « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », (1996) 26 *R.D.U.S.* 300, 305.
  22. Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 35.
  23. L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 15, 381.
  24. Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 2000, « bonne foi ».
  25. Troy KEILY, « Good Faith & the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) », (1999) 3 *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 15, 17 et 18.
  26. *Id.*, 44.
  27. *Id.*, 17.
  28. Paul OURLIAC et Jean DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, 2<sup>e</sup> éd, t. 1, « Les obligations » Paris, P.U.F., 1969, p. 83, cité par É. M. CHARPENTIER, *loc. cit.*, note 21, 316.
  29. *New Netherlands Civil Code – Patrimonial Law/Le nouveau Code civil néerlandais – Le droit patrimonial*, *op. cit.*, note 2.

être analysée « en fonction de critères plus objectifs qui ne sont pas uniquement reliés à l'individu, mais qui tiennent également compte des valeurs de la société »<sup>30</sup>. Pour sa part, la thèse de Jaluzot voit dans les contrats de longue durée ou *relationnels*<sup>31</sup> un terrain de prédilection pour l'application de la notion de bonne foi : les contrats du Code sont essentiellement conçus sur le modèle de l'échange instantané et présupposent donc en principe que l'expression initiale du consentement englobe l'ensemble de l'opération. Dans un rapport appelé à durer, l'évolution des circonstances peut cependant demander un ajustement en cours de route; elle nécessite un outil d'adaptation qui laisse intact l'équilibre initialement envisagé. « [L]es parties sont liées par la confiance qu'elles font naître, non seulement par ce qu'elles promettent, mais surtout par leur attitude durant la relation contractuelle. Ceci permet de contraindre les parties sur la base d'éléments survenus en cours de contrat et non plus uniquement lors de sa formation. »<sup>32</sup> Quant au contenu de la notion, elle conclut que, dans l'usage actuel, « [e]n réalité, la bonne foi n'ayant aucun contenu objectivement déterminable, il peut servir à justifier toute règle du droit des contrats et même hors du droit des contrats »<sup>33</sup>. Toutes ces formules, si elles sont intuitivement plausibles, ne font que traduire un terme général par d'autres termes généraux. Une formule se prêtant davantage à traduction en tests opérationnels est celle voulant « que l'on ne profite pas de l'inexpérience ou de la vulnérabilité d'autrui pour lui imposer des conditions draconiennes, pour lui soutirer des avantages qui ne correspondent pas à ce qu'on lui donne »<sup>34</sup>. Nous y reviendrons dans notre discussion sur la lecture économique de la bonne foi.

L'examen sommaire de la doctrine dans les droits internes ne nous permet pas d'arriver à une conception précise de la notion de bonne foi. Peut-être est-ce parce que, en droit interne, la notion prend corps surtout sous forme de règles gouvernant des institutions spécifiques, ce qui réduit

30. B. LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, *op. cit.*, note 15, p. 258.

31. Sur ce terme, voir par exemple Ian R. MACNEIL, « The Many Futures of Contracts », (1974) 47 *S. Cal. L. Rev.* 691; Ian R. MACNEIL, « Relational Contract: What We Do and Do not Know », (1985) 1985 *Wis. L. Rev.* 483; Erich SCHANZE, « Symbiotic Arrangements », (1993) 149 *Journal of Institutional and Theoretical Economics/Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 691; Victor P. GOLDBERG, « Relational Contracts », dans Peter NEWMAN (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, t. 3, London, MacMillan Reference, 1998, p. 289-294.

32. B. JALUZOT, *op. cit.*, note 10, p. 534.

33. *Id.*, p. 539.

34. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 22, p. 44.

d'autant l'urgence de la spécifier à son niveau général et abstrait<sup>35</sup>. Dans le droit relatif aux contrats internationaux, par contraste, la bonne foi pourrait s'imposer davantage, vu que le corps de doctrines spécifiques relatives aux contrats y est moins développé que dans les droits nationaux et que les traités et les principes d'Unidroit évoquent expressément l'impératif d'accorder l'interprétation des contrats avec les exigences de la bonne foi.

## 2) *Droit international*

Dans les transactions commerciales internationales, le principe général de la bonne foi constitue l'une des bases fondamentales de la *lex mercatoria*. Elle est évoquée dans les dispositions générales des instruments juridiques régissant le commerce international<sup>36</sup>, ce qui laisse entendre qu'elle doit être considérée comme un principe général du droit uniforme, mais cette lecture est contestée, notamment par des auteurs se situant dans la perspective de la common law<sup>37</sup>.

Pour expliquer son rôle important dans les transactions internationales, l'on invoque deux raisons :

« [...] d'une part, les règles matérielles d'origine non étatique apparaissent comme les règles d'un club dont les membres doivent agir de bonne foi, avoir un comportement honnête et loyal à peine d'être mis au banc de la société internationale [des marchands]. D'autre part, le droit du commerce international possède un vecteur idéal de développement du principe de bonne foi : l'arbitrage, les arbitres ayant sur les juges étatiques l'avantage de ne pas être les gardiens de l'ordonnement d'un système juridique national »<sup>38</sup>.

La notion doit être analysée à la lumière des besoins particuliers du commerce international, qui peuvent différer de ceux des droits nationaux<sup>39</sup>.

35. S. WHITTAKER et R. ZIMMERMAN, *loc. cit.*, note 11, 678 et 683.

36. Art. 7(2) de la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises* (CVIM) en ligne : <http://lexinter.net/Conventions.htm>; art. 1.7 des *Principes d'UNIDROIT relatif aux contrats du commerce international*, en ligne : <http://www.unidroit.org/french/principles/chapter-1.htm>.

37. Voir Guy LEFEBVRE, « La bonne foi dans la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises* », (1993) 27 *R.J.T.* 561.

38. Y. LOUSSOUARN, *loc. cit.*, note 15, 21.

39. François DIESSE, « La bonne foi, la coopération et le raisonnable dans la *Convention des Nations Unies relative à la vente internationale de marchandises* (CVIM) », *Journal du droit international* 2002.55.

D'une manière générale, la bonne foi sert, dans les transactions commerciales internationales, comme dans les droits nationaux, à moraliser les transactions<sup>40</sup>. Cela explique son omniprésence dans le règlement des litiges par équité ou par amiable composition<sup>41</sup>. La bonne foi représente la clef de voûte pour la résolution des difficultés qui peuvent survenir entre les parties contractantes. À côté de l'équité, l'exigence de la bonne foi dans le commerce international constitue l'un des « principes généraux du droit reconnus par les Nations civilisées », au sens de la liste des sources du droit international rapportées dans le célèbre article 38, alinéa 3, du *Statut de la Cour internationale de Justice*.

L'unanimité est cependant loin d'être faite sur l'utilisation précise de la bonne foi dans le commerce international. Voici l'inventaire des différents rôles recensés par Marquis :

« Les idées mises de l'avant dans la recherche du sens de la bonne foi prennent à peu près l'allure des exemples suivants, qui concernent l'article 7 de la *Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*. Pour un, V. Heuzé comprend la bonne foi "comme une invitation à introduire une certaine souplesse dans l'application des règles conventionnelles, un peu à la manière de ce qu'autorise, en droit français, la théorie de l'abus de droit". B. Audit voit dans la bonne foi un principe particulièrement pertinent dans le cas de déséquilibre contractuel. M.J. Bonell favorise une interprétation dite large de la bonne foi, élaborée "in the light of the special conditions and requirements of international trade". De leur côté, F. Enderlain et D. Maskow réservent un rôle restreint à la bonne foi. Selon ces derniers, "*observance of the principle of good faith means to display such conduct as is normal among businessmen*". Ils ajoutent que "no exaggerated demands can be made, and observance of good faith does in no way necessarily include the establishment of material justice between the contracting parties". Enfin, G. Flécheux affirme, dans une étude sur les obligations de l'acheteur,

---

40. Pierre MAYER, « La règle morale dans l'arbitrage », dans Pierre BELLET (dir.), *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 389; Emmanuel S. DARANKOUM, « L'application des Principes d'UNIDROIT par les arbitres internationaux et par les juges étatiques », (2002) 36 *R.J.T.* 421, 459 et suiv. (numéro spécial : « Journées Maximilien-Caron 2001 sur les Principes d'UNIDROIT et les contrats internationaux : aspects pratiques »).

41. Éric LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Paris, Librairies Techniques, 1980, p. 358-360.

qu'«il restera toujours l'obligation de bonne foi», laissant par là sous-entendre qu'il ne s'agit pas là d'un principe marginal.»<sup>42</sup>

Si les tribunaux et autres décideurs ont bien compris la nécessité de régler les litiges du commerce international à l'aune de la bonne foi, la mise en œuvre de ce principe demeure difficile ou critiquable. La question qui se pose immédiatement est celle de déterminer les limites du principe dans le domaine qui nous intéresse. La formulation du principe est assez floue, et de nature à susciter des compréhensions divergentes chez l'une ou l'autre des parties contractantes, au moment où elles ont à analyser la notion et à en préciser le contenu en vue de l'appliquer à des cas concrets. La difficulté est apparente dans la façon dont un auteur présente la notion de bonne foi comme standard juridique :

« Les milieux d'affaires sont conscients que la bonne foi est nécessaire à l'établissement et à la poursuite de relations commerciales. La pratique arbitrale a reconnue à maintes reprises cette obligation de coopérer de bonne foi lors de la négociation du contrat et de son exécution. Il semble assez difficile de définir la bonne foi. Dans le contexte contractuel que nous venons d'explicitier, elle implique beaucoup plus qu'un simple comportement honnête. Elle est, à notre avis, une norme de comportement qui fait référence à une volonté d'agir en conformité avec les standards fondamentaux de moralité et d'éthique commerciale. On reconnaît que la bonne foi possède de multiples connotations à l'intérieur d'un même système juridique et même plusieurs significations dans les différents systèmes juridiques. »<sup>43</sup>

Peut-on mettre en valeur « l'élasticité louable » du principe ? Pour saisir la portée de la bonne foi, les interprètes du droit uniforme devraient simplement garder à l'esprit les objectifs fondamentaux de cette notion (*la justice contractuelle*) et l'encadrer par certaines considérations d'opportunité, à savoir l'intention des parties au contrat international, la nature et le but d'un tel contrat, les usages commerciaux et ce qui est raisonnable.

---

42. Louis MARQUIS, « La bonne foi en droit commercial international uniforme à la lumière du paradigme culturel du développement », (1996) 26 *R.D.U.S.* 249.

43. Claude SAMSON, « L'harmonisation du droit de la vente internationale de marchandises entre pays de droit civil et pays de common law », dans ASSOCIATION CANADIENNE DE DROIT COMPARÉ et ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DE DROIT COMPARÉ, *Droit Contemporain*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 100, aux pages 115 et 116.

La bonne foi semble faire partie de ces notions dont on se sert quotidiennement sans en approfondir les paramètres ou « technicalités » de mise en œuvre par crainte de l'incertitude à laquelle aboutirait cette analyse. Certes, le recours à la bonne foi constitue un dépassement de la conception formaliste, dans la mesure où il sert généralement à combler d'apparentes lacunes du droit<sup>44</sup>. Toutefois, en droit interne comme en droit matériel uniforme des transactions commerciales internationales, l'incertitude continue de régner autour de la notion. Pour certains auteurs, cependant, loin d'engendrer l'insécurité juridique dans les transactions, l'incertitude découlant de la bonne foi est au contraire un instrument d'évolution et d'adaptation du droit. Elle assure un rôle de flexibilité et de normativité reconnu à toutes les notions floues<sup>45</sup>: « [E]n tant qu'expression d'un devoir général de loyauté et d'honnêteté, la bonne foi constitue une mer sans rivage. Mais pour y naviguer, il faut savoir braver les tempêtes. »<sup>46</sup>

Cette conclusion ne nous satisfait pas. La doctrine a mission de cerner davantage cette notion. L'examen sommaire effectué ci-dessus nous paraît autoriser la conclusion que, en tant que norme de comportement destinée à moraliser les rapports contractuels et à adapter le droit à l'évolution de la pratique des affaires, la bonne foi est caractérisée par la recherche et la sanction de l'intention de nuire ou de profiter d'une situation donnée au détriment de son partenaire. La sanction de la bonne foi s'impose lorsqu'elle est absente. Elle vise aussi bien à réprimer les comportements malveillants d'une partie à l'égard de l'autre (tirer profit de ses adversités et faiblesses) qu'à renforcer la diligence de l'une et de l'autre en mettant une obligation de loyauté à leur charge.

Ces précisions, utiles en première analyse pour circonscrire la notion de bonne foi, laissent à désirer. Peut-on cerner davantage la bonne foi par une analyse fonctionnelle à l'aide des outils de l'analyse économique du droit. C'est ce que nous devons maintenant explorer.

---

44. F. DIESSE, *loc. cit.*, note 39, 59.

45. Vincente FORTIER, « La fonction normative des notions floues », (1991) 16 *R.R.J.* 755, 757 et suiv.; F. DIESSE, *loc. cit.*, note 39, 59.

46. En ce sens, Simone DAVID-CONSTANT, « La bonne foi : une mer sans rivage », dans Simone DAVID-CONSTANT (dir.), *La bonne foi*, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 1990, p. 7, cité par B. LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, *op. cit.*, note 15, p. 2.

### B. Une lecture économique

La bonne foi figure bien dans les écrits d'analyse économique du droit, mais généralement de manière incidente. Posner affirme, par exemple, que l'exécution de bonne foi – ce qui veut dire ici s'abstenir de tentatives de tirer profit (*take advantage*) des vulnérabilités créées par le caractère séquentiel de l'exécution – fait partie des conditions implicites du contrat<sup>47</sup>. L'affirmation est justifiée par la considération que personne ne se mettrait volontairement à la merci de son cocontractant. Chacun est donc présumé avoir voulu stipuler telle protection si la loi ne la fournissait pas. Mais Posner n'approfondit pas l'analyse, suivant peut-être en cela la tendance des juristes de common law de se méfier de la bonne foi comme règle générale et de lui préférer les institutions particulières dans lesquelles elle se concrétise.

Pour aller plus à fond, il paraît à propos de se rappeler des missions du droit des contrats mises en relief par l'analyse économique du droit. Il y en a deux : réduire différentes formes de coûts de transaction et éviter l'opportunisme<sup>48</sup>. Le droit réduit les « coûts de transaction » par un éventail de règles : en fournissant des solutions efficaces pour les cas où les parties elles-mêmes ne les ont pas explicitées; cela peut éviter des erreurs ou des litiges; dans certains cas, une partie doit fournir à l'autre des renseignements dans le but de permettre à celle-ci de s'engager en connaissance (suffisante) de cause; les règles peuvent en outre prévoir l'attribution des risques liés aux éventualités fâcheuses survenant en cours d'exécution du contrat à la partie qui peut les assumer au meilleur coût et elles peuvent imposer des arrangements pour réduire le coût des litiges. Tous ces coûts ont un caractère technique, ce qui veut dire qu'ils peuvent changer sous l'influence d'innovations technologiques. C'est dans cette perspective qu'il faut situer l'emploi interprétatif de la bonne foi afin de compléter un contrat imparfaitement spécifié.

Le comportement opportuniste (ou comportement stratégique) pose des difficultés d'un ordre différent. C'est le type de comportement visé dans des expressions comme « surprendre la bonne foi de quelqu'un » ou « abuser de la bonne foi de quelqu'un ». Le contrat valable assure une espérance de gain à chaque partie. Une partie agit de manière opportuniste en modifiant, souvent de manière subreptice, le cours normal du contrat afin de s'attribuer, au détriment de l'autre, un avantage non envisagé lors de l'entente.

---

47. Richard A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5<sup>e</sup> éd., New York, Aspen Law & Business, 1998, p. 103.

48. *Id.*, p. 108.

Dans le discours des économistes, on rencontre plusieurs formes typiques de comportement opportuniste. En voici quelques exemples. Lorsqu'il s'agit de réaliser un projet qui ne peut aboutir que moyennant l'effort de tous, mais où il est difficile de s'assurer de la contribution de chacun, le comportement opportuniste consiste à se soustraire à l'effort, tout en profitant du résultat final mis au point grâce à l'effort des autres. On parle généralement de « resquiller » ou de faire le « passager clandestin »<sup>49</sup>. Les difficultés de surveillance sont également à la source d'une autre forme de comportement opportuniste, qui se présente lorsqu'une personne doit réaliser ses desseins en faisant appel à d'autres qu'il ne peut surveiller qu'imparfaitement. Ces dernières, dans la mesure où elles se soustraient à la surveillance, peuvent alors poursuivre leurs propres finalités. Le phénomène est connu sous le vocable, emprunté à l'anglais, de problème d'*agence*<sup>50</sup>. En matière d'assurance, la surveillance imparfaite fait que l'assuré, une fois l'assurance conclue, peut se comporter de manière moins prudente qu'il ne l'avait – implicitement – promis, augmentant *de facto* le coût du risque assuré. Pour l'assureur, cette tendance constitue le *risque moral*<sup>51</sup>. Une forme différente de comportement opportuniste est celui d'agir comme *bastion*<sup>52</sup>. Lorsque, pour un projet profitable à un groupe, le consentement de tous est requis, certains peuvent être tentés de n'accorder leur consentement que moyennant une part plus grande que la moyenne du gain que le projet générera pour tous et chacun. Le problème ici n'est pas lié à l'information (difficultés de surveillance), mais au fait que la règle de l'unanimité donne à chacun un droit effectif de *veto*, dont certains abusent. La source du problème est donc, ici, l'abus d'un monopole partiel.

Si le concept de comportement opportuniste paraît souvent dans le discours des économistes, il est moins facile d'en trouver une bonne définition<sup>53</sup>. Olivier Williamson, qui a beaucoup écrit pour mettre ce concept en évidence dans la pensée économique, le définit comme la recherche de l'intérêt personnel avec un élément de tromperie (*self-interest seeking*

49. Ejan MACKAAY, *Analyse économique du droit*, vol. 1, « Fondements », Montréal/Bruxelles, Éditions Thémis/Bruylant, 2000, p. 93.

50. *Id.*, p. 95 et 96.

51. *Id.*, p. 96.

52. *Id.*, p. 94.

53. George M. COHEN, « The Negligence-Opportunism Tradeoff in Contract Law », (1992) 20 *Hofstra L. Rev.* 941, 954.

*with guile*)<sup>54</sup>. Il oppose l'opportunisme au rapport de confiance (*trust*) et l'associe à une divulgation sélective ou tronquée d'information et à des promesses que l'on ne croit pas soi-même (*self-disbelieved promises*) au sujet de sa conduite future. Lebreton précise que

« [d]e façon générale, ces comportements [opportunistes] se matérialisent par la divulgation d'informations incomplètes ou dénaturées, par des efforts calculés pour fourvoyer, dénaturer, déguiser, déconcerter ou semer la confusion lors de transactions commerciales; ils recèlent un manque évident de franchise, d'honnêteté, de loyauté »<sup>55</sup>.

L'opportunisme se produit « [traduction] lorsque l'un des cocontractants se comporte de manière contraire à la compréhension du contrat chez l'autre, sans nécessairement aller à l'encontre de la lettre de l'entente, mais d'une manière à effectuer un transfert de richesse au détriment de l'autre et à son propre profit »<sup>56</sup>. George Cohen le définit très largement comme « [traduction] tout comportement, dans le cadre contractuel, par l'une des parties au contrat, qui va à l'encontre des attentes raisonnables que l'autre a formées sur la foi de l'entente, des normes contractuelles ou de la morale conventionnelle »<sup>57</sup>. Williamson explique que ce type de comportement ne peut être pratiqué avec succès à l'égard de personnes qui ont de nombreux cocontractants potentiels et qui peuvent facilement changer de cocontractant. Ce sont justement les interactions de très petits nombres d'intervenants ou les situations où l'on est tenu de se fier à des personnes précises qui ouvrent la porte à l'opportunisme.

- 
54. Oliver E. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, New York, Free Press, 1975, p. 26. Cette formule est reprise dans les ouvrages subséquents de cet auteur comme *The Economic Institutions of Capitalism – Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, Free Press, 1985 et *The Mechanisms of Governance*, Oxford, Oxford University Press, 1996. La terminologie française est empruntée à Pierre-Yves GOMEZ, *Le gouvernement de l'entreprise – Modèles économiques de l'entreprise et pratiques de gestion*, Paris, InterÉditions/Masson, 1996, p. 73, et Sylvie LEBRETON, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes : étude particulière aux contrats de distribution*, Paris, Litec, 2002, p. 4 et 57.
55. S. LEBRETON, *op. cit.*, note 54, p. 4 et 5.
56. « A major problem occurs when a performing party behaves contrary to the other party's understanding of their contract, but not necessarily contrary to the agreement's explicit terms, leading to a transfer of wealth from the other party to the performer—a phenomenon that has come to be known as opportunistic behavior », Timothy J. MURIS, « Opportunistic Behavior and the Law of Contracts », (1981) 65 *Minn. L. Rev.* 521, 521.
57. G. M. COHEN, *loc. cit.*, note 53, 957.

L'opportunisme peut prendre une infinité de formes. Ses variantes sont à la mesure de l'intéressement humain<sup>58</sup>. Chaque développement important des techniques de communication — dernièrement l'Internet — apporte son lot de nouvelles possibilités d'opportunisme. Pour le contrer, il faut donc une aussi grande variété de réponses, développées à mesure que de nouvelles formes d'opportunisme apparaissent. Pour constituer cet arsenal ouvert, le droit a besoin d'un concept ouvert, qui doit néanmoins être balisé pour respecter les exigences de l'État de droit. Nous soutenons que la bonne foi s'oppose à toute forme d'opportunisme<sup>59</sup>. Agir de bonne foi veut dire s'abstenir de comportements opportunistes dans des circonstances qui s'y prêtent. Ou, pour inverser la formule, l'opportunisme est sanctionné en droit au titre de la mauvaise foi ou simplement de l'absence de bonne foi.

Il convient maintenant de tenter d'isoler des caractéristiques générales des comportements opportunistes, sur lesquelles le droit doit s'appuyer pour sanctionner l'absence de bonne foi. Le rapport doit se caractériser par une asymétrie entre les parties dont la partie avantagée tire profit aux dépens de l'autre d'une manière significative, c'est à dire qui dépasse un certain seuil de gravité. Précisons ces caractéristiques à tour de rôle.

### 1) *Asymétrie*

L'échange contractuel est profitable en raison des différences de talent ou de valorisation chez les contractants. Ce ne sont donc pas en soi les différences entre les parties ou les valeurs qu'elles attachent aux biens échangés qui nous intéressent ici. Ce qui doit retenir l'attention, ce sont des différences sur le plan de l'information ou les situations de fait, ou de droit, qui placent un contractant en état de dépendance par rapport à l'autre — une forme de monopole situationnel ou temporel.

L'écart informationnel peut provenir de ce que l'un des contractants est expert, l'autre non; de ce que l'un contrôle une apparence sur laquelle l'autre est tenu de se fier; de ce que l'un est un gros opérateur qui a accès à des rendements d'échelle dans l'acquisition ou le traitement de l'information (par exemple pour tester des objets complexes), alors que l'autre est un petit joueur; cette dernière différence peut d'ailleurs être due à la

---

58. S. JAMET-LEGAS, *De l'utilité de la bonne foi. Une analyse économique de la bonne foi dans et pour l'exécution des contrats*, thèse de doctorat, Lille, École doctorale, Université de Lille II, 2002, <http://www.glose.org/doctrine.htm#J>, et spécialement la note infrapaginale 244.

59. *Id.*, partie 2, section 1, chapitre 1, p. 31.

« rationalité limitée »<sup>60</sup>, qui se traduit par des difficultés particulières à traiter des informations complexes ou qui font appel à de petites probabilités. L'écart peut encore avoir trait à la difficulté qu'éprouve une partie de surveiller efficacement l'autre.

Le monopole situationnel ou temporel provient de ce que l'une des parties doit nécessairement faire affaire avec l'autre, qui a cependant un pouvoir discrétionnaire à son égard et n'est pas dans la dépendance réciproque. Le monopole temporel résulte, par exemple, de ce que les prestations prévues au contrat n'ont pas lieu au même moment, ce qui met le premier prestataire, dans une certaine mesure, à la merci de l'autre qui doit encore s'exécuter. Une autre asymétrie est celle où une partie a consenti des investissements spécifiques pour répondre au contrat que lui propose l'autre, investissements qui risquent de tourner en perte sèche si ce dernier rompt le contrat. Williamson utilise le terme *asset specificity* pour désigner cette situation<sup>61</sup>.

Les parties ont généralement incomplètement précisé leur contrat. Autrement dit, elles ont omis de régler un certain nombre d'éventualités moins probables, comptant que le risque qu'elles courent ainsi est moins onéreux que ce qu'il en coûterait de les régler dans le contrat (y compris le risque d'effrayer le cocontractant « frileux »). Si l'une de ces éventualités se concrétise – ce peut même être un changement radical des circonstances envisagées au moment de conclure le contrat – la bonne foi exige qu'on y trouve une solution conforme à l'équilibre contractuel prévu à l'origine. Il est alors possible que l'une des parties tente de tourner cette « lacune » du contrat à son avantage, en profitant de l'attention réduite du cocontractant ou en jouant le bastion, par exemple.

L'asymétrie peut encore provenir de ce que l'une des parties ne peut, à frais abordables, compte tenu de son intérêt au contrat, faire respecter ses droits par l'appareil étatique, alors que l'autre, gros joueur, peut répartir cet intérêt sur de nombreux cas analogues.

## 2) Avantage indu

L'asymétrie n'est pas en soi une raison d'inquiétude. Dans la vie courante, on fait affaire à des spécialistes justement en raison de leur plus

60. E. MACKAAY, *op. cit.*, note 49, p. 38 et suiv. Sur les raffinements à apporter à l'analyse économique du droit pour prendre en compte la rationalité limitée, voir en particulier Cass R. SUNSTEIN (dir.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

61. O.E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism – Firms, Markets, Relational Contracting*, *op. cit.*, note 54, p. 52 et suiv.

grande expertise. L'asymétrie explique la raison d'être du contrat. En outre, les parties qui s'engagent dans un contrat ont sans doute conscience de l'asymétrie et peuvent aménager leur rapport, et le contrat qui le formalise, en conséquence. Le rapport de confiance entre les contractants peut, par exemple, couvrir adéquatement l'asymétrie. Pour qu'il y ait problème, il faut qu'une partie tente de se servir de cette asymétrie pour s'arroger, aux dépens de l'autre, un avantage que les parties n'avaient pas envisagé dans l'équilibre des prestations qu'elles avaient en vue au moment de se mettre d'accord; dans ce cas, le gain d'une partie dépasse significativement ce qui correspond aux prévisions normales des parties lors de l'entente. Il s'agit d'un *avantage indu*.

### 3) *Seuil de gravité*

Les deux premiers tests réunis (une asymétrie tournée au profit de l'une des parties) ne seraient toujours pas, à eux seuls, une raison suffisante pour intervenir. On peut penser que les parties, sachant qu'elles s'exposent à des asymétries susceptibles d'être tournées à leur désavantage, prennent leurs précautions de fait ou ajoutent des clauses au contrat de manière à se prémunir contre de fâcheuses éventualités. Par exemple, en matière de problèmes dits d'« agence » par les dirigeants d'entreprise, on peut aligner l'intérêt du dirigeant avec celui de l'entreprise en rendant ce dernier copropriétaire (partiel) de l'entreprise au moyen d'actions. Ou encore, le dirigeant qui cache la véritable situation de l'entreprise au moment de contracter des engagements sera mis au pas par une prise de contrôle subséquente ou par la faillite de l'entreprise<sup>62</sup>. Lorsqu'on s'engage dans un contrat important avec un entrepreneur en construction qu'on connaît encore mal, on prend la peine de demander des références et de se renseigner autrement sur cette personne et sur ses pratiques commerciales; on retient une partie des paiements jusqu'à l'achèvement et l'approbation de l'ensemble des travaux.

Ces mesures d'autoprotection sont cependant coûteuses. Il est alors permis de penser à un « pacte social » par lequel tous abaissent leur niveau d'autoprotection – un gain au niveau des coûts de transaction – en contrepartie d'un engagement implicite et réciproque de tous de s'abstenir de formes subtiles d'opportunisme. Le pacte social consacre un certain niveau de confiance parmi les citoyens. Cette convention – tacite – facilite la

---

62. P.-Y. GOMEZ, *op. cit.*, note 54, p. 134, présente sous forme d'un tableau différentes formes d'opportunisme qui peuvent se présenter dans la gouvernance de l'entreprise, de même que les stratégies découvertes pour les contrer.

conclusion des contrats, tout en laissant à chacun le soin de se protéger contre les formes relativement évidentes d'opportunisme, ce qui évite un risque moral.

Deux analogies se présentent : la première est celle d'une convention de désarmement entre nations. Par une telle convention, les parties signataires renoncent à un certain niveau d'armement – précautions *ex ante*, comme diraient les économistes, contre des attaques des autres – et le remplacent par des mesures, moins coûteuses, de surveillance des autres, avec possibilité, en cas exceptionnel de tricherie, de reprendre le réarmement – protection *ex post*<sup>63</sup>. Une deuxième analogie se présente en droit privé. Il s'agit de la protection privée : les propriétaires abandonnent à l'État une partie de leurs efforts d'autoprotection en contrepartie d'une défense de l'ordre public contre les violations directes de leur propriété ; ils continuent néanmoins d'assurer une partie significative de cette protection, par l'installation de serrures sur les portes, de surveillance des limites de leur propriété, etc. La protection de l'ordre public vise à éviter que les propriétaires se replient sur des formes coûteuses d'autoprotection.

Pour le domaine des contrats, le « pacte social » permet des gains en ce que les ententes peuvent être conclues plus rapidement en l'absence d'une certaine dose de mesure d'autoprotection. En revanche, il rend les citoyens plus vulnérables aux rares malfaiteurs qui se jouent du pacte social. Ce qu'il faut éviter c'est que l'abus du malfaiteur provoque chez les citoyens honnêtes un retour à des formes plus coûteuses d'autoprotection – un déplacement de la répartition implicite entre l'autoprotection et l'assurance de l'ordre public. Cette répartition peut être observée, par exemple, dans les usages du secteur concerné.

Il faudrait alors sanctionner des comportements qui tirent profit des asymétries au point de risquer de provoquer le réflexe d'un retour à des formes coûteuses d'autoprotection. Sur l'évolution de ce risque, il faut redouter l'effet « boule de neige ». Une première transgression, même modeste, qui n'est pas sanctionnée peut rapidement être perçue comme signifiant une absence de norme ou un laisser-aller<sup>64</sup>.

---

63. Le succès de ces accords est plus apparent qu'il n'y paraît. Voir par exemple Arthur A. STEIN, *Why Nations Cooperate – Circumstance and Choice in International Relations*, Ithaca, Cornell University Press, 1990, p. 130-135; George W. DOWNS, David M. MOORE et Randolph M. SIVERSON, « Arms Races and Cooperation », dans Kenneth A. OYE (dir.), *Cooperation under Anarchy*, Princeton, Princeton University Press, 1986, p. 118-146.

64. Thomas C. SCHELLING, *La tyrannie des petites décisions*, Paris, P.U.F., 1980, p. 133.

Il convient maintenant d'examiner si ce cadre théorique en trois tests colle à la réalité, c'est-à-dire se reflète, même en filigrane, dans les décisions tablant sur le concept de bonne foi, et dans les concepts qui en sont dérivés

## II. LA BONNE FOI – LA PRATIQUE

### A. Décisions

Si, comme nous le supposons, la bonne foi, concept du juriste, correspond à l'absence d'opportunisme, concept de l'économiste, il devrait être possible de retrouver dans l'application de la bonne foi dans la pratique du droit les trois traits généraux par lesquels nous venons de spécifier la notion d'opportunisme. Nous nous sommes d'abord tournés vers les décisions en matière de contrats commerciaux internationaux. Ce choix est inspiré par la considération que les décideurs dans ce domaine, n'étant pas en principe liés par un corps de doctrine national constitué autour de la notion de bonne foi, devraient se sentir plus libres d'appliquer le concept dans sa forme la plus pure. D'ailleurs, comme les différends opposent des parties établies dans différents pays et donc probablement soumises à des traditions juridiques différentes, y compris celles qui touchent le rôle et l'interprétation de la bonne foi, les décideurs seraient, sauf choix exprès des parties, mal venus de s'appuyer sur une tradition nationale plutôt qu'une autre; il conviendrait plutôt de rechercher le fond commun dans les pratiques commerciales, y compris ce qui est considéré relever de la bonne foi. Cette hypothèse s'appuie en outre sur l'affirmation expresse du rôle central de la bonne foi dans les Principes d'Unidroit adoptés en 1994 qui sont appelés à régir ce secteur<sup>65</sup>.

Pour constituer notre échantillon, nous avons examiné un ensemble de sources, classiques et électroniques, dans lesquelles sont publiées les décisions, judiciaires ou arbitrales, portant sur des différends touchant des contrats commerciaux internationaux<sup>66</sup>. Dans ce corpus, nous avons retenu toutes les décisions où le décideur s'appuyait expressément sur la notion de bonne foi comme motif de sa décision, en citant la Convention

65. *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats commerciaux internationaux*, précité, note 36.

66. En voici la liste: la *Revue d'arbitrage* (1995-2002); la base de données UNILEX des décisions relatives à UNIDROIT et à la CVIM, disponible sur <http://www.unilex.info>; la *Revue de droit uniforme*, 2000 (base de données jurisprudentielles pour la CVIM); la base de données jurisprudentielles en droit international constituée par la Pace University et disponible sur Internet à l'adresse : <http://www.cisg.law.pace.edu/>. Nous nous sommes en outre

de Vienne ou les Principes d'Unidroit. En tout, 36 décisions ont ainsi été retenues, 19 étant rendues par les tribunaux judiciaires, 17 par des formations arbitrales. Elles s'étalent sur la période 1990 – 2002. Plusieurs décisions ne sont disponibles que dans des langues que nous ne lisons pas; nous nous sommes alors fiés aux résumés en anglais ou en français préparés par des arrêstistes pour les sources consultées.

Dans l'échantillon examiné, les décisions arbitrales sont dans l'ensemble un peu moins informatives que les décisions judiciaires; dans plusieurs instances, on se contente d'y affirmer que les rapports contractuels doivent être marqués au coin de la bonne foi, sans donner plus de détails.

Dans quelques cas, la décision conclut à l'absence de mauvaise foi. Lorsqu'un tableau est vendu, selon les informations disponibles aux deux parties et sans garantie plus précise à ce sujet, comme appartenant à tel maître et que, après plusieurs reventes, il est jugé, sur la foi d'une opinion d'expert, être l'œuvre d'un peintre de moindre importance, l'arrière-vendeur ne peut se retourner contre le vendeur d'origine<sup>67</sup>. Cela correspond à notre lecture, car aucune asymétrie n'est ici tournée au profit du vendeur.

*Asymétrie d'information.* Plusieurs décisions judiciaires portent sur des manœuvres frauduleuses classiques : manipulation d'odomètre de voitures d'occasion<sup>68</sup>; fournir une sûreté qui s'avère fausse<sup>69</sup> ou des lettres de crédit fausses sur la dernière de trois transactions<sup>70</sup>. Il s'agit d'une asymétrie d'information dont une partie cherche à tirer profit aux dépens de l'autre. Les décisions ne se prononcent pas expressément sur le seuil de gravité. On constate cependant que, dans chaque cas, la fraude est importante et porte sur l'essentiel de la prestation d'une partie. D'autres formes d'asymétries informationnelles se présentent dans deux cas portant, l'une sur l'apparence d'autorisation créée par l'usage de papier à lettre<sup>71</sup>, l'autre sur une clause exonératoire faisant partie du contrat type d'un contrac-

---

inspirés d'une recherche sur l'interprétation de l'article 7 de la *Convention de vente internationale de marchandises*, précitée, note 36 (dite « Convention de Vienne 1980 »), par Liette Lamonde pour le professeur Guy Lefebvre en 1997.

67. *Kunsthhaus Math. Lempertz OHG c. Wilhelmina van der Geld*, Arrondissementsrechtbank Arnhem, Unilex, 17 juillet 1997.

68. Décision du Oberlandesgericht Köln, Unilex, n° 22 U 4/96, 21 mai 1996.

69. Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Unilex, n° VB/94124, 17 novembre 1995.

70. *Dulces Luisi, S.A. de C.V. c. Seoul International Co. Ltd, Seoulia Confectionery Co., Compromex*, Comision para la Protedtion del comercio Exteroir de Mexido, Unilex, n° m/115/87, 30 novembre 1998 (décisions arbitrale).

71. *Handelsgericht des Kantons Aargau*, Unilex, n° OR 98.00010, 11 juin 1999.

tant, mais non du document remis au cocontractant et sur laquelle l'attention n'a pas spécialement été attirée<sup>72</sup>. Le résultat auquel le tribunal arrive dans le premier cas correspond à la règle codifiée dans le *Code civil du Québec* de 1992 à l'article 2163<sup>73</sup>.

*Asymétrie temporelle.* Une série de décisions concerne des asymétries temporelles : une fois la livraison faite, une non-conformité doit être signalée dans un bref délai, le retard risquant d'occasionner des coûts croissants pour le vendeur<sup>74</sup>. L'acheteur qui tarde à dénoncer met une pression sur le vendeur, dont il pourrait chercher à profiter d'une manière ou d'une autre. Pour déterminer ce qui constitue un délai court raisonnable, variable d'un secteur à l'autre, il convient de se rapporter aux usages du secteur. Il y a, dans quelques décisions, implicitement considération du seuil de gravité. L'acheteur qui ne s'exécute pas après avoir bénéficié de deux extensions de délai pour payer et prendre livraison n'est pas admis à invoquer la mauvaise foi du vendeur qui se prévaut de son pouvoir d'annuler le contrat : le vendeur est déclaré de bonne foi (il n'a pas cherché à tirer avantage indu d'un droit discrétionnaire dont il dispose); implicitement l'acheteur est traité comme étant de mauvaise foi<sup>75</sup>.

*Asymétrie situationnelle.* Dans notre échantillon, deux décisions concernent des contrats de distribution exclusive où le concédant a subseqüemment accordé une licence non exclusive sur le même territoire à un tiers<sup>76</sup>. Le rapport contractuel oblige les parties à faire affaire l'une avec l'autre (monopole bilatéral) et le concédant cherche à tourner la situation à son profit en accordant, au détriment du distributeur, une deuxième concession. On pourrait qualifier ce schéma d'asymétrie situationnelle.

*Propos rassurants faux et engagements correctifs non respectés.* Il y a, enfin, un ensemble de cas dans lesquels les circonstances évoluent de

72. Bundesgerichtshof, Unilex, n° VIII ZR 60/01, 31 novembre 2001.

73. C.c.Q., art 2163 :

« Celui qui a laissé croire qu'une personne était son mandataire est tenu, comme s'il y avait eu mandat, envers le tiers qui a contracté de bonne foi avec celle-ci, à moins qu'il n'ait pris des mesures appropriées pour prévenir l'erreur dans des circonstances qui la rendaient prévisible ».

74. *CME Cooperative Maritime Etaploise S.A.C.V. c. Bos-Fishproducts Urk BV*, Arrondissementsrechtbank Zwolle, Unilex, n° HA ZA 95-640, 5 mars 1997; Oberlandesgericht, Unilex, n° 1U167/95, 28 février 1997; Handelsgericht Zürich, Unilex, n° HG 930634, 30 novembre 1998.

75. *Bielloni Castello S.p.A. c. EGO S.A.*, Corte di Appello di Milano, 11 décembre 1998.

76. *W. c. R.*, ICC Court of Arbitration, Paris, Unilex, n° 8611/HV/JK, 23 janvier 1997; ICC International Court of Arbitration, Unilex, n° 9875, mars 2000.

manière non directement envisagée au contrat et où l'une des parties tente d'en tirer profit. Le contractant qui, sur la demande expresse de renseignements de l'autre, lui tient des propos rassurants qui s'avèrent faux<sup>77</sup> ou qui prend un engagement correctif qu'il ne respecte pas par la suite<sup>78</sup>, tire profit d'une asymétrie qu'il a lui-même créée au moment où le cocontractant prenait justement la précaution de se renseigner pour l'éviter. On peut assimiler à ce schéma les situations où quelqu'un cherche à faire valoir un droit alors que ses actes antérieurs en contredisent les conditions d'exercice. Celui qui accorde un délai de livraison supplémentaire ne peut pas immédiatement agir en livraison tardive. On invoque alors la doctrine des *clean hands*<sup>79</sup>.

Dans l'ensemble, cet examen de décisions mène à deux conclusions. D'abord, si les décisions examinées laissent bien paraître en filigrane des éléments qui permettent de conclure sur les deux premiers de nos trois tests, il est rare, en revanche, de trouver des considérations portant directement sur le troisième test, un seuil de gravité que le comportement reproché doit franchir pour qu'on le qualifie de mauvaise foi. Pourtant, si la notion de bonne foi doit demeurer d'un secours exceptionnel, ce troisième test apparaît comme essentiel.

En deuxième lieu, loin de constituer un avantage, l'absence de balises, en droit commercial international, pour interpréter la notion de bonne foi, balises que fournissent les systèmes nationaux, paraît source d'une certaine hésitation pour les décideurs. La confrontation de notre théorie à la pratique du droit mérite d'être déplacée sur le terrain des droits nationaux. Nous examinerons maintenant quelques concepts dérivés de la bonne foi et précisés à l'intérieur des systèmes nationaux.

### B. Concepts dérivés

Si la bonne foi est le moule dans lequel ont été coulés de nouveaux concepts<sup>80</sup>, plus particuliers, qui ont pu ensuite commencer une vie autonome dans la doctrine, on devrait retrouver, dans la synthèse par la doc-

---

77. Oberlandesgericht Köln, Unilex, n° 27 U 58/95, 8 janvier 1997; Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Unilex, n° SCH-4318, 15 juin 1994.

78. Oberlandesgericht Köln, Unilex, n° 27 U 58/95, 8 janvier 1997.

79. CME Cooperative Maritime Etaploise S.A.C.V. c. Bos-Fishproducts Urk BV., Arrondissementsrechtbank Zwolle, UNILEX, n° HA ZA 95-640, 5 mars 1997; R. Motor s.n.c. c. M. Auto Vertriebs GmbH, Unilex, n° 7 U 1720/94, 8 février 1995.

80. M. CORDEIRO, *loc. cit.*, note 7, 223, 234 et 240.

trine des conditions d'application de ces concepts, les traits généraux que notre théorie propose comme propres à la bonne foi. Le nombre de concepts dérivés de la bonne foi est considérable. Whittaker et Zimmerman en établissent la liste suivante :

« Ils comprennent, pour ce qui regarde les systèmes civilistes, mise à part la législation particulière, la *culpa in contrahendo*; l'obligation d'information; la lésion; l'abus de droits; le *personal bar* [portant que personne ne pourra nier ce qu'il a précédemment affirmé par ses paroles ou par ses actes]; l'interprétation de l'intention des parties (que ce soit de manière principale ou supplétive); la doctrine du "*lawful contact*"; *laches* [retard déraisonnable dans l'exercice d'un droit]; *unconscionability*; *Verwirkung*; *purgatio morae* et *purgatio poenae*; les doctrines du changement de circonstances ou des "présuppositions erronées"; la notion de "fardeau" (*Obliegenheit*); force majeure; *exceptio doli*; l'erreur commune (*mutual mistake*); la responsabilité pour vices cachés; les effets juridiques des maximes *nemo auditor turpitudinem suam allegans* et *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*; et *venire contra factum proprium*. »<sup>81</sup>

Et ils y ajoutent pour la common law :

« *implied terms*; *estoppel* (en particulier *proprietary estoppel*); l'exécution partielle du contrat dans l'*equity*; la règle de *minimis*; la qualification des droits par référence à la notion de "*reasonableness*"; la correction judiciaire, dans le système d'*equity*, des effets de la perte d'un droit au titre de sanction (*forfeiture*); la maxime selon laquelle personne ne peut profiter de sa propre faute; la doctrine de la "*fundamental mistake*"; le droit relatif à la *repudiation*; et parfois même la règle suivant laquelle un pouvoir contractuel ne peut être exercé que suivant les exigences de la bonne foi. »<sup>82</sup>

Il nous a semblé pertinent d'examiner quelques-uns des concepts dérivés de la bonne foi pour déterminer dans quelle mesure on retrouve, dans les critères d'application, les traits généraux de la bonne foi. Nous avons retenu le dol, la garantie contre les vices cachés et la lésion.

81. S. WHITTAKER et R. ZIMMERMAN, *loc. cit.*, note 11, 676 [traduction].

82. *Id.* [traduction].

### 1) Dol

Le dol est le comportement destiné à induire une personne en erreur pour l'amener à contracter<sup>83</sup>. C'est un comportement empreint de ruse, de tromperie ou d'autres manœuvres frauduleuses ou déloyales – machination, mise en scène, artifice – destinées à suspendre le consentement du cocontractant<sup>84</sup>. Plusieurs commentateurs ont avancé qu'il s'agissait d'une codification de la norme de bonne foi et de l'obligation de renseignement qu'elle présuppose<sup>85</sup>.

#### a) Asymétrie

Au centre de la notion de dol, on trouve la volonté de tromper, c'est-à-dire de soustraire une information pertinente au consentement de l'autre partie. Le dol peut être le fruit de gestes positifs, tels qu'un mensonge ou une manœuvre trompeuse, mais également d'une omission, du silence ou des réticences de l'une des parties. En ce sens, il est intrinsèquement relié à l'obligation de renseignement qui caractérise plusieurs aspects du droit des contrats.

Le dol par commission et le dol par omission se trouvent sur un continuum de comportements qui visent, en limitant les informations disponibles au cocontractant, à capter un avantage contractuel supérieur à ce qui serait normalement prévisible. Que ce comportement consiste à tromper la victime par de fausses déclarations ou à la laisser dans l'erreur lorsqu'elle ne peut se procurer à bon compte l'information utile, le point commun à toutes les formes de dol est qu'elles créent une asymétrie informationnelle entre les parties.

Il est généralement acquis que le dol se mesure en fonction de l'identité et du profil des contractants, à la lumière de leur autorité, de leur

---

83. Vincent KARIM, *Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., vol. 1, « Articles 1371 à 1496 », Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 187; Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, « L'acte juridique », Paris, Dalloz, 2002, p. 149.

84. Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, *Droit des obligations. Contrat et quasi-contrat*, Paris, Litec, 2000, p. 57; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 214; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 22, p. 175.

85. V. KARIM, *op. cit.*, note 83, p. 187; P. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *op. cit.*, note 84, p. 58.

compétence, de leur âge et de leur niveau d'instruction respectifs<sup>86</sup>. Ces critères permettent, entre autres, de tenir compte du statut du vendeur professionnel à qui les connaissances et compétences spécialisées fournissent un net avantage dans l'obtention et le contrôle des informations.

b) *Avantage indu*

La notion d'avantage indu est exprimée par le biais du critère voulant que la victime du dol n'aurait pas accepté de contracter en l'absence de celui-ci ou aurait contracté à des conditions différentes. Ce critère rejoint celui de notre approche, dans la mesure où les deux situent le point focal de l'exploitation sur le plan de l'échange envisagé à l'origine par les parties et les avantages qu'elles comptaient en retirer.

c) *Seuil de gravité*

Le caractère déterminant du dol fait partie des conditions d'annulation du contrat vicié. Le dol est déterminant lorsque, s'il n'avait pas eu lieu, la partie qui en est victime n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes. Ce critère remplit donc une double fonction dans notre test. D'une part, il permet d'établir qu'il y a eu exploitation de l'asymétrie entre les parties pour modifier l'équilibre contractuel. D'autre part, il indique l'intensité minimale que doit avoir l'avantage indu qui en découle : celui-ci doit modifier la volonté de la victime de s'engager. On peut avancer que, si le droit oblige une partie à respecter un contrat dolo-sif par lequel elle ne veut plus être liée, elle modifiera à l'avenir son comportement pour se protéger contre la fraude qui a trompé sa confiance. En d'autres mots, elle augmentera les mesures destinées à se protéger (*auto-protection*) avant de s'engager avec un nouveau contractant. Un premier aspect du critère de gravité se retrouve donc dans l'idée que le dol teinte le consentement de la victime au point où celle-ci, si elle était informée des faits véridiques, ne voudrait plus du contrat dans sa forme originale. Toutefois, il est parfois utile que les parties apprennent de leurs erreurs et modifient leurs comportements en fonction de leur expérience. C'est pourquoi le second critère du seuil intègre une notion de gravité objective qui permet de distinguer les cas de dol bénin de ceux où l'augmentation des mesures d'autoprotection dépasserait ce qui serait socialement effi-cient.

---

86. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 84, p. 215; V. KARIM, *op. cit.*, note 83, p. 192; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 22, p. 181.

La doctrine civiliste classique reprend cette logique en différenciant le *dolus bonus* du *dolus malus* pour distinguer les manœuvres répréhensibles des procédés de vente acceptables. Elle affirme que les exagérations qui sont facilement identifiables par le cocontractant sont acceptables lorsqu'elles ne sont pas de nature à tromper un contractant prudent et diligent. « [N]'est "répréhensible" que le mensonge qui présente une certaine gravité et non point le "menu mensonge", pain quotidien des contractants! [...] Le "pieux mensonge", les exagérations généralement admises dans les affaires lorsqu'il s'agit de vanter sa marchandise, ne constituent pas un dol. »<sup>87</sup> Les allégations sont excessives, certes, mais leur gravité est jugée insuffisante pour fonder une action. Cette solution vise à encourager chaque partie à « ne pas faire montre d'une trop grande naïveté à l'égard des affirmations de son partenaire et à procéder à un minimum de vérifications »<sup>88</sup>.

Notre lecture du dol nous amène à conclure que la distinction entre les manœuvres acceptables et celles qui ne le sont pas traduit un équilibre délicat entre le devoir de renseigner chez la partie la mieux informée et le devoir de s'informer chez la victime potentielle. Le lieu exact de cet équilibre est le seuil que nous cherchons à fixer. Dans le cas du dol, c'est le critère de l'acheteur prudent et diligent qu'il nous faut expliciter. Puisque la doctrine reconnaît un lien entre les usages et les habitudes propres à une communauté et la qualification du dol<sup>89</sup>, il s'impose à nos yeux de rapprocher ces deux notions. Il est d'ailleurs reconnu que pour apprécier la norme de l'acheteur prudent et diligent, il convient de se rapporter à la pratique dans l'industrie ou le secteur en question. En avançant que l'acheteur prudent et diligent est celui qui adopte un niveau d'autoprotection semblable à ce qui prévaut dans le milieu dans lequel il évolue, nous ne faisons que reprendre, en les paraphrasant, la doctrine et la jurisprudence à ce sujet.

## 2) Garantie contre les vices cachés

La garantie de qualité concerne la possession utile du bien vendu. Par le jeu de cette garantie, le vendeur répond de tout vice du bien qui le rend non conforme à l'usage auquel il est destiné et qui n'est pas décelable par les moyens d'usage. La garantie ne protège pas l'acheteur contre les vices apparents, l'apparence se mesurant, en droit québécois, par ce que peut

87. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 22, p. 179 et 180.

88. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 84, p. 215.

89. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 22, p. 180; P. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *op. cit.*, note 84, p. 59.

décèler l'acheteur prudent et diligent par ses propres moyens, sans avoir recours à un expert<sup>90</sup>.

En matière de vices cachés, deux logiques distinctes sont à l'œuvre dans une lecture économique. Lorsque le vendeur connaît les vices mais n'en informe pas l'acheteur, nous nous trouvons en présence d'un comportement opportuniste, contraire à la bonne foi, sujet principal de notre article. En revanche, lorsque le vendeur ne connaît pas les vices, pas plus que l'acheteur, nous sortons du domaine des comportements opportunistes pour entrer dans la logique, différente, de répartition des risques, c'est-à-dire des éventualités dommageables hors du contrôle des parties. La répartition des risques relève du contrôle des coûts de transaction plus techniques, logique à laquelle nous avons fait allusion dans la section B de la première partie. Il peut être avantageux de placer le fardeau des risques sur le vendeur pour l'encourager à découvrir et réparer, ou à déclarer, les vices éventuels avant de vendre. Le vendeur non professionnel, pendant l'usage de l'objet qu'il vend maintenant, a été mieux en mesure d'en découvrir les vices cachés que l'acheteur qui s'apprête à l'acquérir, ce qui justifie de lui en imposer la garantie. L'analyse économique dit alors qu'il est le *cheapest cost avoider*. S'agissant de vendeurs fabricants, cette règle pourrait même toucher l'incitation à entreprendre des recherches pour éviter certains vices à l'avenir. Normalement, la deuxième logique indiquerait que la partie responsable doit simplement assumer le dommage direct causé par le vice, alors que la première logique indiquerait une sanction supérieure, propre à décourager le comportement opportuniste. Le *Code civil du Québec* reflète la distinction en son article 1728 : le vendeur ignorant des vices est tenu de reprendre le bien et de restituer le prix, alors que le vendeur connaissant les vices doit en outre des dommages-intérêts. Les deux logiques s'entremêlent, bien entendu, dans les dispositions du Code traitant de la garantie contre les vices cachés.

La distinction, claire en principe, se brouille lorsque l'on prend en considération les difficultés de preuve. Il sera souvent difficile de prouver que le déficit de jouissance est attribuable à un vice et que le vendeur avait effectivement connaissance de ce vice, ce qui justifierait qu'on lui applique la première logique. Le droit pallie cette difficulté au moyen de présomptions. La défaillance prématurée de l'objet fait présumer le vice<sup>91</sup>. La présomption de connaissance est évoquée par la formule « ne pouvait

90. Voir art. 1726, al. 2 C.c.Q.

91. C.c.Q., art. 1729; *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. c. P-40.1, art. 38 [ci-après citée : « L.P.C. »]. Voir Denys-Claude LAMONTAGNE et Bernard LAROCHELLE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 1, « Les principaux contrats : La vente, le louage, la société et le mandat », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, note 9, p. 119.

ignorer », qui s'applique aux vendeurs professionnels et aux fabricants notamment<sup>92</sup>. Dans ce qui suit, nous ne traiterons que des règles applicables en matière de connaissance réelle ou présumée des vices, puisqu'elle seule, soulève un problème d'absence de bonne foi ou d'opportunisme.

#### a) Asymétrie

Quelle que soit la qualité du vendeur, s'il connaît l'existence du vice et qu'il choisit de ne pas la révéler, son geste limite les informations disponibles à l'acheteur. Cela fait naître une asymétrie semblable à celle qui caractérise le dol, ce qui justifie d'imposer au vendeur la responsabilité, y compris des dommages éventuels, pour l'inciter à partager les informations qu'il possède avec l'acheteur. Cette logique s'applique, par extension, au fabricant d'objets en série, qui est bien placé pour connaître, du moins de manière statistique, les vices dont sont frappés ses produits. Il y a une asymétrie manifeste entre le fabricant et l'acheteur-consommateur d'objets individuels. Dans le cas d'une vente entre deux professionnels ayant un niveau d'expertise semblable, la garantie de qualité est beaucoup plus limitée, ce qui cadre avec une lecture économique, vu l'absence d'une asymétrie manifeste<sup>93</sup>.

La situation du vendeur dont la connaissance subjective du vice n'est pas certaine est différente. Comment expliquer, à l'intérieur d'une logique fondée sur l'opportunisme, que le vendeur professionnel soit tenu responsable des vices cachés même s'il en ignorait l'existence? Cela a fait dire à plusieurs commentateurs que la garantie s'appliquait à tous de façon objective, même aux vendeurs de bonne foi<sup>94</sup>. La garantie répond ici aux deux logiques relevées ci-dessus, la difficulté étant sans doute de prouver la connaissance réelle. Lorsque le vendeur professionnel ou le fabricant ignore réellement le vice, la garantie qui lui est imposée de manière objective concerne alors une répartition de risques et agit comme une assurance obligatoire au profit des acheteurs (consommateurs), conclue par l'entremise du vendeur et dont la prime est payée comme partie du prix d'achat de l'objet vendu.

Dans le cas de la garantie de qualité comme dans celui du dol, le droit n'oblige pas le vendeur à dénigrer le bien en faisant état de tous ses

---

92. C.c.Q., art. 1728.

93. En droit québécois, voir les articles 1726, 1728 et suiv. C.c.Q., *a contrario*.

94. D.-C. LAMONTAGNE et B. LAROCHELLE, *op. cit.*, note 91, p. 115; François COLLART DUTILLEUL et Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 231.

défauts réels ou potentiels. Seuls sont en cause les défauts importants dont le cocontractant ne pouvait se rendre compte lui-même.

*b) Avantage indu*

Le droit contrôle le critère de l'avantage indu en attribuant à l'acheteur le pouvoir discrétionnaire de choisir l'option qui lui semble favorable. Si le vice n'a qu'un effet limité sur la valeur qu'il attribue au bien et ne remet pas en question sa volonté de posséder le bien, il n'a qu'à s'abstenir de remettre en question la vente. S'il juge au contraire que le vice caché du bien le prive d'une part importante de l'utilité qu'il comptait en retirer (et, éventuellement, qu'il peut mieux se pourvoir ailleurs pour le même prix), il lui est loisible d'invoquer la garantie pour demander la restitution des prestations. La qualification d'« avantage indu » est, en ce sens, directement liée à la perception qu'en a l'acheteur, l'avantage du vendeur étant présumé.

Une restriction importante vient de ce que l'utilité protégée est limitée à l'usage normal du bien en fonction de sa destination<sup>95</sup>. La garantie couvre normalement le vice matériel ou le vice fonctionnel dès que ses conditions d'application seront réunies. Elle couvrira également l'usage, même inhabituel, qui a été spécialement convenu entre les parties.

La limite posée relativement à l'usage protégé permet de circonscrire l'application de la garantie aux cas où le vendeur est en mesure de prévoir les attentes de l'acheteur. Si le bien est destiné à un usage inhabituel non divulgué au vendeur, il est difficile d'imaginer que celui-ci capte fautive-ment un avantage contractuel pour son profit. L'asymétrie informationnelle serait alors renversée car le vendeur, n'ayant pas conscience de l'usage prévu par l'acheteur, n'est plus dans une position dominante pour avoir connaissance des tares du bien qui peuvent vicier cet usage. C'est plutôt l'acheteur qui possède les informations les plus importantes pour cette évaluation. Le risque d'opportunisme se pose en sens inverse. En protégeant l'usage normal du bien ou celui au sujet duquel les parties se sont entendues, le droit contrôle le risque moral chez l'acheteur. En effet, le vendeur est protégé de l'opportunisme de l'acheteur qui utiliserait le bien de façon dangereuse ou abusive et tenterait de lui faire porter le poids du préjudice qui en découlerait<sup>96</sup>.

---

95. Voir C.c.Q., art. 1726 et L.P.C., art. 38.

96. Voir l'article 1729 C.c.Q. et, indirectement, pour les objets dangereux, l'article 1473, al. 1 du Code.

### c) *Seuil de gravité*

Plusieurs critères sont utilisés pour délimiter les vices de qualité dont le vendeur peut être tenu responsable. Tout d'abord, le vice doit avoir une certaine gravité. Du point de vue de notre approche, cela ne constitue pas un indice très précis. L'usage du bien doit être diminué notablement, à un point tel « que l'acheteur n'aurait pas acheté ou aurait acheté à un prix moindre s'il avait connu le vice »<sup>97</sup>. La formulation est à peu de choses près identique à celle qui est employée dans le cas du dol<sup>98</sup>. Dans l'évaluation de la gravité du vice, on tient compte du coût de sa réparation par rapport à la valeur du bien, ainsi que des inconvénients qu'il entraîne pour l'acheteur<sup>99</sup>.

Un second aspect de la gravité concerne la caractéristique cachée du vice. Les vices apparents – ceux qui peuvent être découverts par un acheteur prudent et diligent – n'engagent pas la responsabilité du vendeur; ils ne se prêtent pas, dans la lecture de l'économiste, à une action opportuniste du vendeur. Il n'y a pas d'asymétrie, puisque l'information est également disponible aux deux parties à des coûts peu élevés. Le droit crée donc une incitation pour l'acheteur de prendre la précaution minimale d'inspecter soigneusement le bien. Cette règle permet de contrôler le risque moral chez l'acheteur. L'action en garantie n'est donc admise que pour les vices qui dépassent une certaine gravité en ce qu'ils se soustraient au regard de l'acheteur diligent. Moins le vice est apparent, plus les chances que l'acheteur soit dupé sont grandes. Le caractère caché du vice représente donc un deuxième test de gravité.

### 3) *Lésion*

Dans les systèmes civilistes, la lésion est certainement la notion qui traduit le plus directement celle de la mauvaise foi. Les quelques définitions de la lésion acceptées par la doctrine classique ont en commun une terminologie très révélatrice. Elle est présentée comme un « préjudice résultant, pour l'une des parties au contrat, d'un défaut d'équivalence entre l'avantage qu'elle obtient et le sacrifice qu'elle consent »<sup>100</sup>. Elle est également définie comme étant un état de déséquilibre existant au moment

---

97. En droit québécois, C.c.Q., art. 1726.

98. En droit québécois, C.c.Q., art. 1401, al. 1.

99. Pierre-Gabriel JOBIN, *La vente dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 121.

100. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, note 83, p.75.

de la conclusion du contrat entre les prestations réciproquement stipulées<sup>101</sup>.

En règle générale, la lésion n'est admise qu'exceptionnellement dans la plupart des systèmes civilistes modernes, dont le droit québécois<sup>102</sup>. Elle est admise pour les mineurs et pour les majeurs protégés. Entre majeurs, elle ne l'est pas sauf dans les contrats de consommation<sup>103</sup>, qui font l'objet, en droit québécois, d'un régime particulier. De plus, le régime général peut être invoqué dans quelques situations particulières<sup>104</sup>.

### a) Asymétrie

Les cas où le législateur a permis le recours à la lésion ont un premier point en commun relatif à la nature des parties qui peuvent invoquer cette doctrine : dans tous les cas, la partie admise à l'invoquer est dans une position de négociation de faiblesse par rapport à l'autre. Cette position peut être due à une asymétrie informationnelle, de l'expertise ou du pouvoir économique, comme dans le cas des relations contractuelles entre un consommateur et un commerçant. Dans les rapports entre commerçants et consommateurs, les premiers sont présumés avoir un avantage comparatif dans la formulation des contrats, dans la prise de conscience des enjeux des différentes clauses contractuelles et dans leur mise en œuvre, éventuellement devant les tribunaux. Le consommateur est un « petit joueur ». Cette asymétrie prend d'autant plus d'importance que la concurrence est entravée par le petit nombre des fournisseurs ou par d'autres facteurs.

---

101. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 22, p. 208.

102. C.c.Q., art. 1405 :

« Outre les cas expressément prévus par la loi, la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés. »

103. L.P.C., art. 8 :

« Le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante. »

L.P.C., art. 9 :

« Lorsqu'un tribunal doit apprécier le consentement donné par un consommateur à un contrat, il tient compte de la condition des parties, des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu et des avantages qui résultent du contrat pour le consommateur. »

104. C.c.Q., art. 1609 : quittances, déclarations ou transactions obtenues dans les trente jours du fait dommageable en cas de préjudice moral ou corporel; C.c.Q., art. 2332 : prêt portant sur une somme d'argent; C.c.Q., art. 424 : partage du patrimoine familial; C.c.Q., art. 472 : partage des acquêts.

L'asymétrie peut tirer sa source de la capacité limitée d'une des parties d'avoir un consentement conscient et éclairé : la détérioration des facultés mentales chez les majeurs protégés; l'inexpérience due à l'âge chez les mineurs. Sans les considérer comme entièrement incapables, le droit n'octroie au mineur et au majeur protégé qu'une autonomie partielle. Ces deux catégories de personnes se trouvent en position de faiblesse par rapport à ceux qui sont à même d'effectuer un calcul rationnel plus précis, d'évaluer les chances de réussite d'un comportement stratégique et à qui le droit accorde la pleine capacité juridique.

Enfin, les situations, exceptionnelles, où le droit commun permet un recours à la lésion paraissent caractérisées par des présomptions qu'une partie a un pouvoir de négociation beaucoup plus fort que l'autre. La faiblesse d'une partie peut être due à son état de nécessité et à l'absence d'autres options, comme dans le cas d'un prêt jugé lésionnaire (art. 2332 C.c.Q.); à un état de vulnérabilité physique ou psychologique particulier, comme dans le cas d'un divorce (art. 424 et 472 C.c.Q.) ou d'un traumatisme corporel ou moral (art. 1609 C.c.Q.).

Tous les cas où la lésion est admise paraissent donc bien caractérisés par une asymétrie, au moins présumée, dans le pouvoir de négociation des parties.

#### *b) Avantage indu*

À la lumière des définitions reproduites plus haut, il semble clair que le concept d'avantage indu est inhérent à la lésion.

Pour reprendre l'exemple du droit québécois, la formule employée pour énoncer le régime général de l'article 1406 C.c.Q. est significative : « la lésion résulte de l'exploitation d'une partie par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties ». L'exploitation signifie ici la recherche d'un avantage contractuel excessif. Selon Pineau, Burman et Gaudet, pour déterminer s'il y a exploitation, il faut se demander si celui qui contracte à des conditions très avantageuses a exploité le lésé, en distinguant le contractant qui ne fait que profiter d'une situation de celui qui en abuse. Celui qui contracte avantageusement ne peut être condamné pour les profits qu'il réalise si ceux-ci ne se concrétisent pas au détriment de l'autre partie.

« Au contraire, le contractant qui adopte un comportement fautif, afin d'obtenir de l'autre un engagement très avantageux – indépendamment de toute idée de fausses représentations –, et exploite ainsi

la situation de faiblesse, d'inexpérience ou de gêne de l'autre, celui-ci a une attitude condamnable qui mérite d'être sanctionnée. »<sup>105</sup>

En droit de la consommation, la notion d'exploitation est également utilisée. Tout comme dans le régime général, le droit de la consommation prévoit que l'importance de la disproportion des prestations fait présumer l'exploitation, qui, elle, est le concept décisif. La doctrine québécoise et la doctrine française reconnaissent que le souci central de la lésion en droit de la consommation est de prévenir les abus que le commerçant peut faire de sa position dominante<sup>106</sup>. Ils utilisent comme indice de la disproportion des prestations pour tirer des conclusions sur la volonté d'abus, qui n'est pas directement observable. La difficulté que cela soulève, comme l'économiste en est conscient, vient de la subjectivité des valeurs : deux parties s'engagent à un échange justement parce qu'elles ne valorisent pas de la même façon ce qu'elles donnent et ce qu'elles reçoivent. Nous en traiterons ci-dessous.

### c) *Seuil de gravité*

Pour évaluer la présence d'exploitation dans le contrat, les textes insistent sur le caractère disproportionné des prestations des parties. La disproportion doit être « importante »<sup>107</sup> ou « considérable »<sup>108</sup>. Ce critère correspond à notre troisième test, qui tend à établir un seuil permettant de distinguer l'exploitation abusive de la mise à profit licite d'une ressource ou de l'utilisation légitime d'un avantage.

En droit français, le seuil du contrat lésionnaire est parfois fixé – avec des résultats mitigés – en fonction d'un pourcentage précis de la valeur de la prestation<sup>109</sup>. Le droit québécois ne connaît pas semblable chiffrage

105. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 22, p. 218.

106. « L'article 8 L.P.C. nous paraît sanctionner l'exploitation que le commerçant – qui peut être en situation de force – pourrait faire de la situation fragile du consommateur : un déséquilibre important des prestations ou encore le caractère excessif, abusif ou exorbitant de l'obligation du consommateur par rapport à ce qui est normal dans le cadre du type de contrat envisagé peuvent traduire l'exploitation », J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 22, p. 225. Voir également Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Cours de droit civil*, t. 6, « Les obligations », vol. 2, « Contrats et quasi-contrats », Paris, Cujas, 2001, p. 100; Nicole L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 48.

107. C. c.Q., art. 1406.

108. L.P.C., art. 8.

109. Par exemple, dans des cas de propriété littéraire ou artistique, de vente d'immeuble ou de vente d'engrais ou de semences.

et n'explicite pas ce qu'il faut entendre par le critère de disproportion importante. Les commentaires offerts par la doctrine font référence au défaut d'équivalence économique, à la disproportion ou au déséquilibre des prestations<sup>110</sup>. Pour l'économiste, ces termes sont d'un secours limité. Puisque la valeur des prestations est mesurée par chaque sujet en fonction de ses préférences personnelles, le même contrat pourra être considéré profitable par un individu, mais indésirable par l'autre. Par exemple, un amateur d'art pourra accepter de verser une somme démesurée pour l'oeuvre qui complétera sa collection. La notion de disproportion permet tout au plus d'écarter les cas extrêmes qui se situent à l'extérieur d'une certaine fourchette de valeurs raisonnablement envisageables.

L'institution de la lésion prévoit deux réponses à ce problème. Premièrement, la présomption d'exploitation qui naît du caractère disproportionné des prestations est réfragable, ce qui permettra d'écarter les situations où les parties ont consenti de manière éclairée au déséquilibre<sup>111</sup>. Deuxièmement, l'utilisation de repères tels que les conditions du marché au moment du contrat ou les caractéristiques propres à une industrie permettent de qualifier le contrat à la lumière de tous les autres contrats du même genre. L'analyse des types de contrats, des prix et des conditions qui prévalent dans un secteur est un indicatif utile des attentes du milieu.

Dans l'ensemble, les textes définissant la notion de lésion attirent l'attention sur les éléments qui nous intéressent. Ils insistent sur l'asymétrie dont l'une des parties tire profit pour s'arroger un avantage aux dépens de l'autre (nos deux premiers tests). Ils soulignent que cette manœuvre doit être d'une gravité suffisante pour mettre en péril le bon fonctionnement du marché avec le minimum d'autoprotection qu'il présuppose chez les participants (notre troisième test). Les difficultés d'application de la notion montrent en même temps le problème de définir la barre de l'intervention correctrice du juge de manière à ce qu'elle soit assez haute pour éviter d'abrégéer indûment la liberté de contracter, condition, elle aussi, du bon fonctionnement des marchés.

---

110. N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 106, p. 49; Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 141; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 22, p. 208.

111. Par exemple, voir *Piscines Dauphin ltée (Syndic de)*, (1998) R.J.Q. 726.

## CONCLUSION

La bonne foi est une notion ancienne et pourtant insaisissable, autant dans les systèmes civilistes que dans la common law et en droit international commercial. Dans les systèmes civilistes, son rôle a grandi dans les codifications récentes. Elle demeure cependant une notion mal comprise. La doctrine juridique fait appel à l'intuition pour appliquer la notion de bonne foi et précise la notion en faisant appel à des termes comme loyauté, plus ou moins synonymes et tout aussi ouverts.

La bonne foi paraît être une notion ouverte ou un principe, plutôt qu'une règle précise. Elle est le moule dans lequel ont été coulés de nombreux concepts plus particuliers, qui ont commencé à mener une vie autonome dans la doctrine. En première analyse, la bonne foi semble devoir continuer dans son rôle d'instrument ouvert servant à sanctionner des comportements hautement indésirables pour lesquels des règles plus précises ne sont pas (encore) disponibles.

Le présent article vise à clarifier la notion en faisant appel à l'analyse économique du droit. Dans une lecture économique, le droit des contrats paraît remplir deux grandes missions, celle de réduire les coûts de transaction et celle de contrôler les comportements opportunistes des parties contractantes. La notion de bonne foi, ou plutôt son absence, doit manifestement être associée à la deuxième mission. La bonne foi est l'exact contraire de l'opportunisme.

Si la notion d'opportunisme apparaît à de nombreux endroits dans le discours des économistes, une définition précise est aussi difficile à trouver dans cette littérature que pour la bonne foi dans la littérature juridique. Elle semble s'employer de manière ouverte pour désigner des comportements contraires à la solution coopérative dans les rapports bilatéraux et multilatéraux. C'est George Cohen, juriste-économiste, qui nous semble l'avoir le mieux circonscrit par une formule générale : « tout comportement, dans le cadre contractuel, par l'une des parties au contrat, qui va à l'encontre des attentes raisonnables que l'autre a formées sur la foi de l'entente, des normes contractuelles ou de la morale conventionnelle »<sup>112</sup>.

Pour opérationnaliser le concept, nous avons proposé un ensemble de trois tests, eux-mêmes relativement ouverts : une asymétrie entre les parties; que l'une d'elles tourne aux dépens de l'autre pour en tirer un avantage indu; et dont l'importance dépasse une certaine gravité, au point où, en l'absence de sanction, la victime, et d'autres comme elles,

---

112. G. M. COHEN, *loc. cit.*, note 53, 957 [traduction].

serait amenée, à l'avenir, à augmenter sérieusement les mesures d'auto-protection avant de conclure un contrat.

Si cette lecture est juste, on devraient retrouver, dans des décisions invoquant la bonne foi et dans les concepts qui en sont dérivés, des considérations, même en filigrane, qui reflètent ces trois tests. L'examen – *a priori* domaine de choix pour cet exercice, grâce à l'absence de balises qu'imposent les droits nationaux – et sur trois concepts dérivés – le dol, la garanties contre les vices et la lésion. La conclusion à laquelle il mène est que les deux premiers tests sont clairement présents, mais que le troisième est souvent plus difficile à déceler. Il conviendrait de répéter l'examen sur un corpus plus diversifié.

Si notre lecture est admise, elle engage l'analyste à rechercher, dans les faits du litige, les éléments correspondants aux trois tests. Aux juristes de juger si cela constitue un gain en clarté!