



REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

NUMÉRO SPÉCIAL

La bonne foi : 30 ans de codification et d'interprétation jurisprudentielle

Avant-propos

Brigitte Lefebvre

La codification de la bonne foi en droit québécois :
un rendez-vous manqué?

Gabriel-Arnaud Berthold
et Élise Charpentier

Les critères de la raison et de l'équité en
droit néerlandais : tenants et aboutissants

Diana Dankers-Hagenaars

L'impact de la bonne foi en droit de la construction

Marie-Hélène Dufour

L'obligation de collaboration dans les contrats
relationnels : mythes et préjugés

Marie Annik Grégoire

Quelle place pour la bonne foi lors des pourparlers?

Brigitte Lefebvre

Bonne foi et théorie de l'imprévision : regard sur les
enseignements de l'affaire *Churchill Falls (Labrador)*
Corporation Ltd. c. Hydro-Québec

Jérémie Torres-Ceyte



LES ÉDITIONS THÉMIS

Les critères de la raison et de l'équité en droit néerlandais : tenants et aboutissants

*Diana DANKERS-HAGENAARS**

**The Criteria of Reasonableness and Fairness in Dutch Law :
Origins and Implications**

Los criterios de la razón y la equidad en el derecho neerlandés : pormenores

**Os critérios da razoabilidade e da equidade em direito neerlandês :
origens e implicações**

荷兰法中的合理与衡平标准：来龙去脉

Résumé

Depuis l'introduction du nouveau code civil néerlandais en 1992, l'application de la norme ouverte de la bonne foi contractuelle a connu un essor considérable aux Pays-Bas. Alors que le concept général de « bonne foi » a été conservé en droit des biens, il a été remplacé par une norme ouverte revoyant aux « critères de la raison et de l'équité » en droit des contrats. Cet article propose ainsi de tracer les tenants et aboutissants de la bonne foi contractuelle en droit civil néerlandais au cours des trente dernières années. Il est tout particulièrement fascinant d'observer comment la norme ouverte est parvenue à affirmer son influence dans de nombreux domaines du droit des contrats.

Abstract

Since the introduction of the new Dutch Civil Code in 1992, the application of the open norm of good faith has experienced significant growth in Dutch contract law. While the general concept of "good faith" has been retained in property law, it has been replaced by an open norm referring to the "criteria of reasonableness and fairness"* in contract law. This article aims to trace the ins and outs of contractual good faith in Dutch civil law over the past thirty years. It is particularly fascinating to observe how the open norm has managed to assert its influence in various areas of contract law.

* Professeure, Faculté de droit, Département de droit privé, Université d'Amsterdam.

Resumen

Desde la introducción del nuevo Código Civil neerlandés en 1992, la aplicación de la norma abierta de la buena fe contractual ha conocido un auge considerable en los Países Bajos. Mientras que en el derecho de bienes el concepto general de «buena fe» se ha mantenido, en derecho contractual ha sido sustituido por una norma abierta que revisa los «criterios de razón y equidad». Este artículo se propone trazar los pormenores de la buena fe contractual en el derecho civil neerlandés durante los últimos treinta años. Resulta especialmente fascinante observar cómo la norma abierta ha logrado imponer su influencia en muchos ámbitos del derecho contractual.

Resumo

Desde a introdução do novo código civil neerlandês em 1992, a aplicação da norma aberta da boa-fé contratual conheceu um crescimento considerável nos Países-Baixos. Conservado em direito dos bens, o conceito geral da «boa-fé» foi substituído por uma norma aberta que remete aos «critérios da razão e da equidade» no direito dos contratos. Este artigo objetiva traçar as origens e implicações da boa-fé contratual no direito civil neerlandês no curso dos últimos trinta anos. É particularmente fascinante observar como a norma aberta alcançou a afirmar sua influência em numerosas áreas do direito dos contratos.

摘要

自 1992 年引入新《荷兰民法典》以来，合同诚信的开放准则在荷兰的应用显著增加。虽然财产法中保留了“诚实信用”一般概念，但其在合同法中被重返“合理与衡平标准”的开放准则所取代。故本文旨在追溯过去三十年间荷兰民法中合同诚信原则的来龙去脉。观察开放准则如何在合同法诸多领域发挥影响尤令人着迷。

Plan de l'article

Introduction	205
I. La structure et le plan du Code civil néerlandais en général	207
A. La codification du droit civil avant 1992.....	207
B. Le Code civil de 1992 : forme et fond	208
1. Le plan « stratifié » du Code civil.....	208
2. La matière du Code civil de 1992 et les modifications des trente dernières années.....	211
a. La matière du Code civil de 1992	211
b. Les modifications des trente dernières années	211
II. La bonne foi contractuelle en droit civil néerlandais ou les « critères de la raison et de l'équité »	214
A. Les critères de la raison et de l'équité	214
1. Introduction générale.....	214
2. Les deux visages de la bonne foi contractuelle.....	216
a. L'effet supplétif.....	216
b. L'effet restrictif	219
B. Les développements dans la jurisprudence depuis 1992	221
1. La clause pénale	221
2. La résiliation du contrat à durée déterminée	222
3. Le droit du travail	222
4. L'interruption du délai de prescription	223
5. La résiliation du contrat	226
6. L'imprévision	226
Conclusion	227

Le Québec et les Pays-Bas ont en commun d'avoir adopté un nouveau code civil au début des années 90¹. Tant le *Code civil du Bas-Canada* de 1866 que celui des Pays-Bas de 1838 avaient eu pour modèle le Code civil français de 1804. Cette volonté d'introduire un nouveau code civil sans guerre et sans émeutes, dans le simple souci de moderniser le droit et de codifier les règles jurisprudentielles existantes dans un esprit d'ouverture, c'est ce qui relie nos deux pays, outre les tulipes².

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code civil néerlandais en 1992, l'application de la norme ouverte de la bonne foi a connu un essor considérable aux Pays-Bas. La désignation et le concept général de « bonne foi » sont restés comme tels dans le droit des biens. En droit des obligations, la désignation est passée de la « bonne foi » aux « critères de la raison et de l'équité » afin d'établir une distinction claire entre les deux domaines du droit civil.

En 1992, les Journées louisianaises de l'Association Henri Capitant ont eu pour thème « La bonne foi »³. Dans son rapport de synthèse, le professeur Yvon Loussouarn évoque la prise en considération de la bonne foi dans les différentes familles juridiques. Il conclut :

En revanche une certitude s'impose : quelle qu'en soit l'expression, la bonne foi traduit incontestablement une règle morale. Elle est un instrument de moralisation du droit et il est souhaitable de lui faire jouer le rôle le plus

¹ Peter P. C. HAANAPPEL et Ejan MACKAAY, *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek, het vermogensrecht. New Netherlands Civil Code, patrimonial law. Nouveau Code civil néerlandais, le droit patrimonial*, Deventer, Kluwer, 1990, préface à la p. XI par Peter P. C. Haanappel et Ejan Mackaay; introduction par Arthur Hartkamp et traduction en anglais et en français des articles des Livres 3, 5, 6 et 7 du Code civil par Peter P. C. Haanappel et Ejan Mackaay.

² Durant la Seconde Guerre mondiale, la famille royale des Pays-Bas doit fuir le pays affecté par l'occupation allemande. La princesse Juliana trouve refuge à Ottawa en juin 1940 et y demeurera avec sa famille pendant toute la durée de la guerre. Reconnaisante envers le Canada de l'avoir accueillie, elle fera don de 100 000 bulbes de tulipes à Ottawa. Une tradition est née et mène à la création du Festival canadien des tulipes en 1953.

³ Voir : Diana L.M.T. DANKERS-HAGENAARS, « La bonne foi dans l'exécution du contrat – rapport néerlandais », dans *La bonne foi. Journées louisianaises. Travaux de l'Association Henri Capitant*, vol. 43 (1992), Paris, Litec, 1994, p. 311 ; voir aussi le rapport sur la bonne foi dans la formation du contrat en droit néerlandais par Matthias STORME (p. 163) et les rapports canadiens sur la bonne foi dans la formation du contrat par Brigitte LEFEBVRE (p. 85) et Christiane DUBREUIL (p. 105) et sur la bonne foi dans l'exécution du contrat par Ginette LECLERC (p. 265) et Christiane DUBREUIL (p. 279).

étendu, car elle est une garantie de justice et d'équité. Mais le problème de la bonne foi illustre l'éternel dilemme qui se pose au juriste qui cherche à concilier les deux impératifs opposés de justice et sécurité. Or la généralisation du principe de bonne foi crée un risque d'imprévisibilité, donc d'insécurité. Dès lors tout dépend des préférences de chacun.⁴

Dans cet éternel effort de conciliation entre l'autonomie des parties et la sécurité juridique d'une part et la justice contractuelle d'autre part, de quel côté le pendule oscille-t-il? La conséquence ultime serait-elle que le contrat ne tiendrait plus lieu de loi à ceux qui l'ont conclu? Les défis des dernières années soulèvent cette question. Pensons à la pandémie de COVID-19 qui a pris tout le monde par surprise, ou pensons à l'appel fort à la réparation du dommage historique relatif à la période coloniale des Pays-Bas, auquel on a répliqué que la revendication était prescrite, ou encore à la réparation du dommage causé par l'amiante qui se révèle longtemps après l'expiration du délai de prescription. Quel serait le rôle du juge ayant comme instrument de référence un Code civil datant de 1838 complété par une cascade de jurisprudence?

Trente ans après l'entrée en vigueur du Code civil néerlandais, il est utile de réfléchir sur les tenants et aboutissants du concept de bonne foi dans le droit des obligations en général. En fait la bonne foi contractuelle néerlandaise n'a jamais été une « possession tranquille »⁵. La première partie traitera de la structure et du plan du Code civil néerlandais en général (I) en partant de ses origines (A) jusqu'au Code civil de 1992 (B). La deuxième partie traitera de la bonne foi contractuelle en droit civil néerlandais (II), à savoir l'application des critères de la raison et de l'équité (A) et les développements dans la jurisprudence depuis 1992 jusqu'à aujourd'hui (B).

⁴ Yvon LOUSSOUARN, « La bonne foi », rapport de synthèse, dans *id.*, p. 21.

⁵ Paul Scholten, lors de la célébration du centenaire du Code civil de 1838, s'opposait à la tendance à une refonte complète du Code civil: Paul SCHOLTEN, « De Codificatie-gedachte voor honderd jaar en thans », dans Paul SCHOLTEN et E.M. MEIJERS (dir.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Herdruk, Zwolle, 1990, p. 30. Voir aussi A. PITLO, « Projet pour un nouveau Code civil néerlandais », (1956) 1 *R.I.D.C.* 40.

I. La structure et le plan du Code civil néerlandais en général

A. La codification du droit civil avant 1992

Soyons bref sur la genèse de la tradition juridique des Pays-Bas, où quatre Codes civils se sont succédé en moins de deux cents ans. Le droit civil néerlandais s'est éloigné du Code civil français et, plus généralement, de la famille juridique française, devenant ainsi un cousin lointain de la famille du droit français⁶. Le Code civil de 1838 portait en germe la rupture plus profonde qui s'est réalisée avec le Code civil de 1992.

Le système du Code civil de 1838 était marqué par la réintroduction des spécificités du droit néerlandais abolies pendant la période française (1809-1813) : la délivrance comme condition de transfert de propriété et la séparation entre le droit des biens et le droit des obligations dans deux livres distincts⁷. La matière du Code civil de 1838 est vue comme « une belle copie d'un chef-d'œuvre »⁸. Peu après son introduction, le Code civil de 1838 est devenu obsolète du fait que les modifications et les adaptations du droit civil néerlandais étaient en majeure partie réglées en dehors du Code civil, notamment dans la jurisprudence du Hoge Raad (Cour de cassation)⁹. Le désir de construire un système qui englobe l'ensemble du droit civil et du droit commercial d'une manière cohérente et moderne a eu comme

⁶ Diana L.M.T. DANKERS-HAGENAARS, « Le nouveau Code civil néerlandais. Un cousin lointain dans la famille du droit français », dans J.P. DUNAND et B. WINIGER (dir.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 179.

⁷ Retour à l'influence du droit romain, notamment les Instituts de Gaius et de Justinien : des Personnes, des Biens, des Obligations, de la Preuve et de la Prescription.

⁸ Paul SCHOLTEN, dans *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Algemeen deel*, 3e druk, 1974, 177 : « Het BW van 1838 vertoont alle goede en kwade eigenschappen van een bruikbare kopie van een meesterwerk ».

⁹ Le Hoge Raad est la plus haute instance judiciaire du Royaume des Pays-Bas en matières civile, pénale et fiscale. Il est à noter que le Hoge Raad n'est pas une juridiction de troisième degré. Il est le tribunal de cassation, ce qui signifie que le Hoge Raad évalue si la Cour d'appel a correctement interprété et appliqué la loi. En tant que tribunal de cassation, le Hoge Raad répond aux questions juridiques et contribue ainsi au développement du droit et à la protection juridique. Il veille sur l'unité du droit dans le Royaume des Pays-Bas qui se compose du territoire continental (les Pays-Bas) et des six territoires des Caraïbes : les trois pays autonomes (Aruba, Curaçao et la partie néerlandaise de Saint-Martin) et les trois communes autonomes à statut spécial (les îles Bonaire, Saba et Saint-Eustache).

conséquence de rompre avec la division du droit en cinq codes ayant cours dans le système français. Depuis 1883, les discussions sur la nécessité d'un Code de commerce séparé du Code civil ne consistaient plus à savoir *si* le Code de commerce devait être supprimé, mais plutôt à savoir comment on devait s'organiser pour réintégrer le droit civil et le droit du commerce dans un seul code aussi vite que possible en restaurant la situation de l'ancien droit néerlandais¹⁰.

La genèse du Code civil de 1992 se résume en ces quelques mots : à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, le temps était propice au projet de révision du Code civil néerlandais datant de 1838. Il soufflait un esprit de renouveau, issu de l'optimisme d'après-guerre. Bien que les Livres 3, 5 et 6 aient été adoptés par la deuxième Chambre du Parlement en avril 1977, l'entrée en vigueur s'est fait attendre jusqu'au 1^{er} janvier 1992 en raison d'oppositions politiques. Le Code civil néerlandais de 1992 est donc un code moniste : il réunit le droit civil et le droit commercial. Le monisme était le système de l'ancien droit néerlandais en vigueur pendant la République des Sept Provinces-Unies (1581-1795). En ce qui concerne le Code civil lui-même, la rupture avec son prédécesseur est encore plus significative¹¹.

B. Le Code civil de 1992 : forme et fond

1. Le plan « stratifié » du Code civil

La cohérence du nouveau Code civil (Burgerlijk Wetboek, ou BW) se traduit par une structure complexe. La complexité doit être comprise dans le sens que le Code traite de tous les aspects du droit civil et du droit com-

¹⁰ René KLOMP, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht. Over de aard en de positie van het handelsrecht – in het bijzonder in verhouding tot het burgerlijk recht – in Nederland in de negentiende en twintigste eeuw*, (diss. Amsterdam 1998), Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1998.

¹¹ La partie introductive de cette contribution est basée en partie sur Diana DANKERS-HAGENAARS, « Entre l'autonomie et la solidarité : la révision du contrat dans le droit civil Néerlandais, regards comparatistes sur le nouveau Code civil roumain », dans Flavius A. BAIAS et Răvan DINCA (dir.), *Le nouveau Code civil roumain : Vu de l'intérieur – Vu de l'extérieur*, București, Editura Universității din București, 2014, p. 273 et Diana DANKERS-HAGENAARS, « La recodification du droit de la vente aux Pays-Bas », dans Hélène BOUCARD, Javier LETE, Ricardo PAZOS, Eric SAVAUX et Rose-Noëlle SCHUTZ (dir.), *Les recodifications du droit de la vente en Europe*, coll. « Actes & Colloques », Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2021, p. 247.

mercial de façon intégrale, c'est-à-dire du droit des personnes (dont les personnes morales), du droit des biens et du droit des obligations dans tous les détails, ainsi que du droit de la consommation, du commerce et du transport, et du droit de la famille et des successions.

Le plan du nouveau Code civil de 1992 constitue une véritable rupture avec le Code civil français. Le Code civil actuel se compose des Livres 1 à 10. Le Livre 9, traitant entre autres de la propriété industrielle et intellectuelle, n'entrera probablement pas en vigueur¹² puisque sa matière est actuellement réglementée dans des lois autonomes, par exemple dans les lois uniformes du Benelux. Tous les autres Livres sont en vigueur :

- le Livre premier (entré en vigueur en 1970) : *Du droit des personnes* ;
- le Livre 2 (entré en vigueur en 1976) : *Des personnes morales* ;
- le Livre 3 : *Du droit patrimonial en général*. Le Titre 2 comporte les dispositions sur l'acte juridique, la volonté, la confiance légitime, les vices de consentement et les conditions de forme qui s'appliquent à l'ensemble du droit patrimonial et même en dehors de celui-ci par analogie légale. Le Titre 4 comporte les dispositions relatives à l'acquisition et à la perte des biens ;
- le Livre 4 : *Des successions* ;
- le Livre 5 : *Des droits réels* ;
- le Livre 6 : *Du droit des obligations en général*. Le Titre premier, Section 10, expose la réglementation générale concernant la réparation des dommages contractuels et extracontractuels. Cette partie du Code s'applique de façon uniforme à la réparation des dommages, quelle que soit l'origine de l'obligation ;
- le Livre 7 : *Des contrats nommés* ;
- le Livre 8 : *Du droit du transport et des moyens de transport* ;
- le Livre 10 : *Du droit international privé*.

¹² Dirk VISSER et Hanneke SPATH, « Waar is Boek 9 dan gebleven? », (2017) 2 *Ars Aequi* 381.

Les Livres du Code civil sont divisés en Titres et les Titres souvent en Sections. Les articles du Code sont numérotés à l'intérieur de chaque Livre¹³.

On constate que le Code civil de 1992 établit une distinction nette entre le droit des personnes (Livres 1-2 BW) et le droit patrimonial (Livres 3-8 BW). À son tour, le droit patrimonial se divise en une partie générale (Livres 3-6 BW) et une partie spéciale (Livres 7-8 BW), suivie du droit international privé (Livre 10 BW). Le Burgerlijk Wetboek ne dispose pas d'une partie générale introductive pour l'ensemble du droit des personnes et du droit patrimonial. Toutefois, les dispositions importantes relatives aux actes juridiques et à la représentation contenues dans le Livre 3 s'appliquent aux actes juridiques autres que patrimoniaux (articles 3:59, 3:78 et 3:79 BW) par analogie légale.

Dire du Code que sa structure est « stratifiée » revient à souligner que les dispositions qui se rapportent à une question de droit donnée se trouvent à plusieurs niveaux, allant du plus général au plus détaillé. Afin de connaître tous les aspects d'une règle juridique, il faut se reporter à plusieurs articles dans plusieurs Livres et Titres du Code civil. Bien que ce concept de « structure stratifiée » puisse paraître compliqué à première vue, la pratique a démontré que l'on s'y habitue rapidement. Une aide importante vient de la technique de l'« analogie légale », technique qui sert à préserver l'unité du droit civil. Ainsi, nombre de dispositions peuvent s'appliquer à une situation pour laquelle elles n'ont pas été écrites à l'origine. Leur champ d'application est étendu et la règle juridique acquiert une valeur plus générale¹⁴.

La cohérence interne du Code civil néerlandais se manifeste non seulement par sa structure stratifiée, mais également par un changement de terminologie et par l'adoption des développements jurisprudentiels et européens pendant le processus de codification. Le Code civil de 1992 a intégré la jurisprudence des décennies précédentes dans le texte de la loi.

¹³ Exemple : l'article 6:162 BW doit être lu comme l'article 162 du Livre 6 BW (l'acte illicite).

¹⁴ Par exemple : les articles 3:15, 3:59, 3:78, 3:79, 3:326; 6:4, 6:26, 6:216 et 6:226 BW.

2. La matière du Code civil de 1992 et les modifications des trente dernières années

a. La matière du Code civil de 1992

En ce qui concerne la matière du Code civil de 1992, le changement le plus évident consiste à la distinction terminologique entre la « bonne foi » du droit des biens et les « critères de la raison et de l'équité » du droit des contrats. La bonne foi contractuelle est en effet indiquée par ces critères, lesquels font référence au droit objectif non écrit qui exerce son influence sur la relation juridique entre les parties contractantes. Le Burgerlijk Wetboek n'est plus une possession tranquille et il ne le sera pas non plus dans les décennies à venir. Sous l'influence de la bonne foi dans le droit des obligations, l'autonomie des parties et la sécurité juridique sont soumises aux exigences de la justice qui devrait régner entre les parties compte tenu des événements sociaux et économiques. Cette justice peut impliquer que le contrat oblige à suppléer aux obligations qui y sont stipulées, mais aussi qu'il ne tient plus lieu de loi à ceux qui l'ont conclu. Ce sont les effets supplémentifs et restrictifs de la bonne foi contractuelle qui fonctionnent comme mécanismes de correction aux règles applicables entre les parties, à savoir le créancier et le débiteur. La règle générale s'applique également aux relations non contractuelles, telles que le droit à la réparation de la partie lésée à la suite d'un acte illicite.

b. Les modifications des trente dernières années

Au cours des trente dernières années, le texte du Code civil néerlandais a subi plus de cent modifications de natures différentes pour des raisons diverses. Une tentative de classification des changements démontre l'influence primordiale qu'exercent les directives et les règlements européens, notamment dans le but de protéger le consommateur¹⁵.

Le rôle des Directives européennes n'est pas à négliger. Elles exercent une influence importante sur la structure et la matière du Code civil puisque le législateur a choisi d'intégrer les nouvelles dispositions directement dans

¹⁵ Les autres catégories ne seront pas abordées dans ce texte : les développements dans le droit de la famille (ouverture du mariage et de l'adoption aux personnes du même sexe) ; les adaptations techniques (l'entrée en vigueur d'autres lois ; l'introduction de l'euro ; les adaptations linguistiques) ; l'évolution des opinions (le statut de l'animal, le climat, le préjudice autre que patrimonial).

le texte du Code. Pendant le processus de codification, la Directive du fait des produits défectueux (1985) a été intégrée dans le Livre 6 Titre 3 (*De l'acte illicite*) par l'ajout d'une nouvelle Section. Ceci a eu une incidence sur le système légal puisque le législateur tient pour acquis que la Section 3 relative aux produits défectueux contient désormais un délai de prescription de trois ans (article 6:191 BW), qui diffère du délai normal de cinq ans pour l'action en réparation de dommages (article 3:310 BW).

Pendant les années qui ont suivi son entrée en vigueur, nombre de directives ont été ajoutées au texte du Code civil. Le Titre 5 du Livre 6 contient les dispositions réglementant le contrat en général et dans sa Section 5, celles portant sur le contrat synallagmatique. Y ont été ajoutées les directives concernant la vente à distance¹⁶, la signature électronique¹⁷, le commerce électronique¹⁸ et les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs¹⁹. A également trouvé sa place au sein du Burgerlijk Wetboek l'importante Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs²⁰, qui a été intégrée dans le Livre 6 Titre 5 (*Du*

¹⁶ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, J.O.U.E. L 144, 4.6.1997, p. 0019 (remplacée par la Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, J.O.U.E. L 304, 22.11.2011, p. 0064). Voir *Staatsblad* 2000, 617; art. 6:230m et suiv. BW.

¹⁷ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, J.O.U.E. L 013, 19/01/2000, p. 0012 (abrogé et remplacé par le Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électronique au sein des marchés au sein du marché intérieur, J.O.U.E. L 257, 28.8.2004, p. 0073.); *Staatsblad* 2003, 199; art. 3:15 a BW.

¹⁸ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, J.O.U.E. L 178, 17/07/2000, p. 0001 (ci-après « Directive 2000/31/EG sur le commerce électronique »); voir la Section 4A du Titre 3 du Livre 6 BW.

¹⁹ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la Directive 84/450/CEE du Conseil et les Directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, J.O.U.E. L 149, 11.6.2005, p. 0022 (ci-après « Directive sur les pratiques commerciales déloyales »); art. 6:193a et suiv. BW.

²⁰ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la Directive 93/13/CEE du Conseil et la direc-

contrat en général) par l'ajout de la Section 2b (*Des dispositions pour les contrats entre les consommateurs et les professionnels*). Le législateur a apporté ces modifications sans porter atteinte à la numérotation des articles, en les interposant par l'ajout d'une lettre²¹. Par ailleurs, il n'hésite pas à transférer les dispositions d'un Livre à un autre si la cohérence interne est mieux servie ainsi. Les dispositions portant sur les contrats conclus à distance ont déménagé du Livre 7 Titre 1^{er} (*De la vente*) au Titre 5 du Livre 6 avec l'entrée en vigueur de la Directive 2011/83 /UE. Elles y sont plus à leur place parce que leur champ d'application va au-delà de la vente. En résumé, on constate que le législateur se sert de l'une ou l'autre des méthodes législatives suivantes pour adapter la loi : l'ajout d'un nouvel article comportant une lettre²², d'une Section complète²³ ou d'une phrase supplémentaire²⁴ ou encore l'élargissement du sens et de la portée d'un terme²⁵. L'influence de la législation de l'Union européenne a augmenté l'importance de la Cour de Justice de l'Union Européenne à Luxembourg et de la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg²⁶.

tive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la Directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, J.O.U.E. L 304, 22.11.2011, p. 0064.

²¹ Par exemple, l'article 6a du Livre 7 (Des contrats nommés) a été interposé entre l'article 6 et l'article 7, à la suite de l'adoption des directives européennes qui réglementent la protection du consommateur. Cet article dispose que le consommateur a le droit de se prévaloir de la garantie qui a été définie dans le contrat de vente par le vendeur ou le producteur.

²² Garanties pour le consommateur ou l'acheteur > article 7:6a BW.

²³ Directive 2000/31/EG sur le commerce électronique > Section 4A du Titre 3 du Livre 6 BW.

²⁴ Art. 7:2 al. 2 BW > ajout d'une phrase prévoyant un délai de réflexion de trois jours pour l'acheteur d'un bien immobilier résidentiel.

²⁵ Élargissement de la portée du terme « consommateur » pour y inclure les petites entreprises dans la section portant sur les conditions générales.

²⁶ Hoge Raad 20 décembre 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (Urgenda). Sur le fondement des articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'État néerlandais a été condamné à réduire les émissions de gaz à effet de serre d'au moins 25 % à partir de la fin de 2020.

II. La bonne foi contractuelle en droit civil néerlandais, ou les « critères de la raison et de l'équité »

A. Les critères de la raison et de l'équité

1. Introduction générale

La description générale des « critères de la raison et l'équité » se trouve dans l'article 12 du Livre 3 (*Du droit patrimonial en général*) : « 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 » (art. 3:12 BW). Par cette description ouverte le législateur a voulu laisser au juge la liberté nécessaire pour les situations où aucune règle de droit détaillée ne peut être fixée.

Dans le droit des obligations (Livre 6: Partie générale du droit des obligations), les critères de la raison et de l'équité sont repris dans le contexte de l'obligation en général à l'article 6:2 BW :

alinéa 1^{er}. 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*.

alinéa 2. La règle à laquelle leur rapport est soumis en vertu de la loi, de la coutume 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*.

Dans le contexte du contrat synallagmatique (Section quatrième, *Des effets des contrats*), l'article 6:248 BW suit plus ou moins le même modèle : son alinéa premier (l'effet supplétif) ouvre la voie à l'élargissement de la portée du contrat en précisant que les contrats produisent les effets juridiques convenus entre les parties ainsi que les effets qui peuvent découler de l'usage, de la loi et des exigences de la raison et de l'équité. L'alinéa 2 (l'effet restrictif) a comme conséquence que le contrat ne tient pas lieu de loi aux parties dans la mesure où, en la circonstance, cela serait *inacceptable d'après les critères de la raison et de l'équité*²⁷.

²⁷ Art. 6:248 al. 1 BW : « 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 la coutume ou des exigences de la raison et de l'équité. » Al. 2 : « La règle a

Deux dispositions distinctes ayant pour but de codifier l'application des exigences de la bonne foi (pré)contractuelle dans des cas précis ont comme effet que la bonne foi peut provoquer :

- La modification du contrat après le constat d'une erreur qui vicie le consentement donné par l'une des parties lors de la formation du contrat (art. 6:230 BW)²⁸. Selon la plupart des commentaires, l'article 6:230 BW est une application spécifique de l'article 6:248 alinéa 1 BW en ce sens que les pouvoirs d'adaptation et de modification sont essentiellement fondés sur les critères de la raison et de l'équité²⁹.
- La révision judiciaire du contrat pour imprévision (art. 6:258 BW)³⁰. La disposition constitue une *lex specialis* de l'article 6:248 (2) BW pour des cas extrêmes. Dans l'application de l'article 6:258 BW, le juge devra faire preuve de la même retenue que celle qui découle de l'article 6:248 (2) BW. Le mot « inacceptable » garantit son application limitée³¹.

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.»

²⁸ Art. 6:230 al. 1 BW : « La faculté d'annulation par application des articles 228 et 229 s'éteint lorsque l'autre partie propose en temps utile une modification des effets du contrat, mettant fin de façon adéquate au préjudice que le maintien du contrat cause au titulaire de cette faculté. » Al. 2 : « Le juge peut, en outre, à la demande de l'une des parties, au lieu de prononcer l'annulation du contrat, en modifier les effets afin de supprimer le préjudice. »

²⁹ Peu après l'entrée en vigueur de l'article 6:230 BW, le Hoge Raad a précisé l'application de cet article dans une série d'arrêts fort intéressants. Dans le cadre de cet article, il n'est pas possible de discuter de cette jurisprudence. Voir notamment : HR 28 novembre 1997, (1998) NJ 659 (Luycks/Kroonenberg) ; HR 18 janvier 2002, (2002) NJ 106 (Ruinemans/Heijmeijer) ; HR 11 juillet 2003, (2004) NJ 616 (Kroonenberg/Luycks).

³⁰ Art. 6:258 al. 1 BW : « 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. » Al. 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. »

³¹ Voir sous II. B. 6.

Outre ces deux dispositions spécifiques, la règle générale des critères de la raison et de l'équité (la bonne foi contractuelle en général de l'article 6:2 BW) régissant les contrats synallagmatiques (art. 6:248 BW) fonctionne comme mécanisme autonome ayant un effet correctif sur l'exécution du contrat.

2. Les deux visages de la bonne foi contractuelle

a. L'effet supplétif

La bonne foi contractuelle supplétive existe dans tous les droits continentaux. On admet que le contrat qui lie les parties n'est pas seulement restreint à ce qui y est exprimé, mais implique aussi ce qu'apportent l'équité, l'usage ou la loi³². La notion de bonne foi que consacre l'article 6:248 al. 1^{er} BW ressemble à celle que contenait l'ancien article 1135 du Code civil français³³ (abrogé en octobre 2016) et qui a été plus ou moins reprise dans l'article 1194 du Code civil français, entré en vigueur au 1^{er} octobre 2016³⁴.

La première partie de l'alinéa premier de l'article 6:248 BW, disposant que le contrat ne produit pas seulement les effets juridiques convenus entre les parties, soulève une question importante, celle de savoir comment on peut déterminer ce que les parties ont vraiment voulu convenir. Par rapport à d'autres codes civils, le Code civil néerlandais est exceptionnel parce qu'il ne comporte pas de règles sur l'interprétation du contrat. L'ancien Code civil néerlandais, inspiré du Code civil français de 1804, comportait dix dispositions à ce sujet. Les deux premières dispositions donnaient les principales règles pour l'interprétation du contrat³⁵.

³² Art. 1104 Code civil français (2016): « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. » Les parties ne peuvent contractuellement s'en affranchir. On y voit l'affirmation que la bonne foi s'applique à tout le processus contractuel, même à la période précontractuelle.

³³ « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

³⁴ « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. »

³⁵ Art. 1378 ancien BW: « Lorsque les expressions de la convention sont claires, on ne peut s'en écarter par l'interprétation. »; art. 1379 ancien BW: « Lorsque les expressions de la convention sont susceptibles de diverses interprétations, on doit rechercher quelle a été l'intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. »; R. BIERENBROODSPOT, « Uitleg van overeenkomsten: maatwerk op basis van Haviltex », *O&F* 2008, 1, p. 62.

Le point de départ est que les conséquences juridiques d'un contrat sont déterminées par ce que les parties ont convenu. Ensuite, la question de savoir ce que les parties ont convenu ne peut pas être résolue uniquement sur la base d'une interprétation (purement) linguistique des termes du contrat. Il faut tenir compte du sens que les parties pouvaient raisonnablement et mutuellement attribuer à leurs déclarations, de la conduite de chacune des parties et de ce qu'elles pouvaient raisonnablement attendre l'une de l'autre à cet égard³⁶. Pour autant que le texte littéral d'un contrat soit clair, le texte est décisif. Dans tous les autres cas, pour arriver à une interprétation, les parties doivent s'exprimer sur leur intention. À ce jour, le célèbre arrêt *Haviltex*³⁷ rendu par le Hoge Raad en 1981 constitue encore la balise pour l'interprétation du contrat par le juge. Il exprime l'effet supplétif du contrat en vertu de l'actuel article 6:248 al. 1 BW. L'arrêt porte sur l'interprétation d'un contrat écrit, mais ses conclusions ont ensuite été utilisées pour l'interprétation des contrats tant écrits que non écrits, de telle façon que le nom de l'arrêt est devenu un verbe en néerlandais (*Haviltexen*).

Le contrat de vente en question portait sur une machine servant à couper la mousse de polystyrène. Ermes et Langerwerf ont vendu une telle machine à la société Haviltex B.V. Le contrat de vente comprenait une stipulation selon laquelle Haviltex B.V. pouvait retourner la machine jusqu'à la fin de l'année. Le contrat serait alors résilié et Haviltex B.V. récupérerait le prix payé. Au milieu de l'année, Haviltex B.V. voulait retourner la machine afin de récupérer son argent. Cependant, les deux vendeurs n'ont pas accepté de la rembourser, car Haviltex B.V. n'a pas expliqué pourquoi elle voulait retourner la machine. Les vendeurs ont fait valoir qu'ils ne voulaient pas dire, par « retourner », que le contrat pouvait être résilié sans motif valable. Haviltex B.V. a soutenu que la clause stipulait uniquement que la machine pouvait être retournée avant la fin de l'année. Elle n'indiquait pas qu'une bonne raison était requise pour le retour. La question juridique était de savoir si la machine pouvait être retournée sans raison valable. Bien que

³⁶ Art. 3:33 BW : « L'acte juridique nécessite un acte de volonté qui est destiné à produire un effet de droit et qui s'est manifesté par une déclaration » ; et art. 3:35 BW : « Lorsqu'une personne fait une déclaration ou adopte un comportement non conformes à sa volonté, le défaut de volonté ne peut être opposé à celui qui a compris cette déclaration ou ce comportement, d'après le sens qu'il pouvait raisonnablement leur donner dans les circonstances, comme constituant une déclaration de portée déterminée à son adresse. »

³⁷ HR 13 mars 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, (1981) *NJ* 635, *Haviltex* ; repris dans HR 19 octobre 2007, ECLI:NL:HR:2017:BA7024, (2007) *NJ* 565 (*Vodafone / ETC*).

l'arrêt *Haviltex* date de 1981, le Hoge Raad a anticipé l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, dont le texte de l'actuel Livre 6 était déjà établi depuis octobre 1961.

En principe, toutes les questions d'interprétation sont résolues avec la « formule Haviltex » qui s'est imposée à la suite de cette décision et y fait référence. Si un contrat écrit laisse une question en suspens (est-ce que la machine pouvait être retournée sans raison valable ? Quelle est la signification du mot « retourner » ?), on ne peut y répondre sur la seule base d'une interprétation purement linguistique des dispositions de ce contrat. Il faut également prendre en considération l'intention des parties, le sens qu'elles ont donné au texte et ce qu'elles pouvaient attendre l'une de l'autre. Pour répondre à cette dernière question il est, entre autres, important de savoir à quels cercles sociaux elles appartiennent et quelle est l'étendue de leurs connaissances juridiques. L'interprétation pourrait être différente selon que le contrat a été conclu entre deux professionnels du même domaine ou entre une entreprise et un consommateur. Le contexte dans lequel s'inscrit la stipulation en cause joue également un rôle. Si les parties ont négocié la stipulation, le texte littéral peut être saisi plus rapidement que si la stipulation n'a fait l'objet d'aucune discussion. Les courriels et les lettres qui ont été échangés avant la conclusion de l'entente peuvent donc être importants dans l'interprétation. Ainsi, l'interprétation du contrat trouve sa base dans l'intention des parties plutôt que dans la lettre du contrat. Si l'interprétation du contrat par le juge est en général admise, il reste des contrats qui sont exclus de cette approche, notamment si les intérêts de tierces personnes sont concernés (la convention collective, l'acte unilatéral passé devant notaire).

Les critères de la raison et de l'équité se reflètent dans l'ensemble du droit des obligations au sens large et dans le droit des contrats. Toutes sortes d'obligations en découlent directement, tout dépendant de la nature du contrat, des intérêts de chacune des parties et des circonstances particulières de l'affaire³⁸. Les obligations ainsi établies sont variées : l'obligation de non-concurrence³⁹, l'obligation de mener des consultations⁴⁰, les devoirs de

³⁸ C. SIEBURGH, *Algemeen overeenkomstenrecht*, Asserserie 6-III, Deventer, Kluwer, 2022, n° 391 et suiv.

³⁹ HR 19 octobre 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1258, (1991) *NJ* 21 (Koghee / Akkoca) et HR 1^{er} juillet 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG1569, (1997) *NJ* 685 (Kolkman / Cornelisse).

⁴⁰ HR 23 février 1923, (1923) *NJ* 802 (Hofman / Triezenberg).

diligence⁴¹, les obligations influant sur la relation juridique entre les propriétaires de terrains par rapport aux charges mutuelles imposées par une servitude⁴², etc.

b. L'effet restrictif

Aux Pays-Bas, l'effet restrictif (dérogatoire) de la bonne foi contractuelle a été reconnu dans l'arrêt *Saladin / HBU* en 1967⁴³. La question juridique était la suivante : HBU (une banque) peut-elle invoquer avec succès une disposition contractuelle, à savoir une clause d'exonération, qui exclut sa responsabilité envers M. Saladin qui, sur les conseils de HBU, avait acheté des actions de la société Waterman Pen Company devenues nulles ? Le Hoge Raad juge que la réponse à la question de savoir dans quels cas un appel à une telle clause n'est pas libre peut dépendre de nombreuses circonstances, dont les suivantes :

1. la gravité de la dette, également en relation avec la nature et la gravité des intérêts en cause⁴⁴ ;
2. la nature et le contenu de l'accord dans lequel la stipulation a eu lieu ;
3. la position sociale et la relation mutuelle des parties ;
4. la manière dont la stipulation a été faite ;
5. la mesure dans laquelle l'autre partie s'est rendu compte de la teneur de la stipulation.

L'importance de cet arrêt réside dans les circonstances, par ailleurs évoquées de façon non limitative, qui peuvent conduire à exclure une clause d'exonération au motif que son application serait inacceptable d'après les critères de la raison et de l'équité.

Pour M. Saladin, l'affaire tourne mal. Il doit subir les effets défavorables du conseil d'investissement donné par la banque. Le Hoge Raad approuve la décision de la Cour d'appel qui avait jugé que ce conseil, tel qu'il a été formulé, n'était pas justifié en soi par les informations dont la banque

⁴¹ HR 23 mars 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7619, (2007) NJ 333 (ABN AMRO / Van Velzen).

⁴² HR 2 décembre 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2397, (2007) NJ 5 (WE / Henselmans).

⁴³ HR 19 mai 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745, (1967) NJ 261 (Saladin / HBU).

⁴⁴ Voir HR 20 février 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5695, (1976) NJ 486 (Pseudovogelpest).

disposait à l'époque. Pourtant, compte tenu de la bonne foi de la banque ainsi que de la nature et de la gravité de l'allégation du point de vue de la banque, la Cour d'appel a pu juger que la banque pouvait invoquer avec succès l'exclusion de responsabilité qu'elle avait stipulée.

L'alinéa 2 de l'article 6:248 BW⁴⁵ prévoit bel et bien qu'une clause en vigueur entre les parties risque de ne pas être appliquée si cette application serait inacceptable vis-à-vis des exigences de la raison et de l'équité. Le mot « inacceptable » garantit qu'il y a un seuil élevé pour l'exclusion d'une telle clause. Il ne suffit donc pas seulement de démontrer que son application serait « contraire à ce qui est raisonnable et équitable »⁴⁶ ou « non raisonnable »⁴⁷. L'ajout d'une fonction restrictive à la bonne foi contractuelle est le résultat d'une évolution jurisprudentielle.

Il résulte de divers jugements du Hoge Raad que la portée de l'effet restrictif n'est pas illimitée. L'application de l'effet restrictif ne doit pas conduire à une « dénaturation » du contrat. Ainsi, l'effet restrictif ne peut avoir pour conséquence que des conditions générales qui ne s'appliquent pas dans la relation juridique entre les parties deviennent soudainement applicables⁴⁸. L'effet restrictif ne peut pas non plus étendre la couverture de l'assurance au-delà de la couverture principale⁴⁹. Le juge doit faire preuve de retenue lorsqu'il évalue si l'application d'une règle statutaire dans un cas particulier est inacceptable au regard des critères de la raison et de l'équité, en particulier s'il s'agit d'une règle de droit impérative⁵⁰.

En principe, la partie qui fait valoir qu'une règle ne s'applique pas car elle serait inacceptable en raison d'un conflit avec l'effet restrictif de l'article 6:248 BW doit énoncer les circonstances pertinentes et prouver la contradiction. La partie qui invoque la violation devra prouver les faits sur lesquels elle se fonde et ainsi rendre l'action en violation de ces exigences

⁴⁵ Art. 6:248 BW al. 2 BW: « 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. »

⁴⁶ HR 9 janvier 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2540, (1998) *NJ* 363 (Apeldoorn / Duisterhof).

⁴⁷ HR 25 février 2000, ECLI:NL:HR:2004:AR5402, (2000) *NJ* 471 (FNV / Maas).

⁴⁸ HR 6 février 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8484, (2004) *NJ* 349 (Van der Linde / Heutink).

⁴⁹ HR 9 juin 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9435, (2006) *NJ* 326 (Winthur / Jansen) et HR 20 novembre 2020, ECLI:NL:HR:2020:1839, (2020) *NJ* 419.

⁵⁰ HR 5 octobre 2018, ECLI:NL:HR:2018:1845, (2018) *NJ* 401 et HR 7 octobre 2022 ECLI:NL:HR:2022:1374, (2022) *NJ* 321.

plausible⁵¹. La décision du juge d'écarter une clause exige une motivation détaillée qui démontre qu'il a pris en compte les différentes circonstances de l'affaire⁵².

B. Les développements dans la jurisprudence depuis 1992

Depuis l'arrêt *Saladin / HBU* de 1967 et l'introduction du nouveau Code civil néerlandais en 1992, l'évolution dans le temps de la bonne foi supplétive et restrictive a ouvert de nouvelles pistes de réflexion en droit des contrats. On constate que son application est variée et présente dans tous les domaines du droit des contrats. Pour illustrer cette riche variété, six sujets différents sont abordés.

1. La clause pénale

La clause pénale a comme fonction de servir d'incitatif à l'exécution du contrat et à une réparation de dommages subis du fait de son inexécution. À la demande du débiteur, le juge peut modérer la peine stipulée dans le cas où l'application de la clause pénale serait abusive et excessive et aboutirait à des résultats *inacceptables* dans les circonstances. La faculté de modération doit être exercée avec retenue par le juge⁵³. Le juge devra être attentif non seulement à la relation entre le dommage réel et le montant stipulé, mais également à la nature du contrat, au contenu et à la portée de la clause pénale et aux circonstances dans lesquelles elle a été invoquée. Dans l'arrêt *Turan / Easystaff*, le Hoge Raad confirme la décision de la Cour d'appel selon laquelle l'application de la clause pénale entraînerait un résultat excessif et donc inacceptable. Son jugement sur la modération est fondé sur les circonstances prises en compte par la Cour dans les relations mutuelles des parties⁵⁴. Dans un arrêt antérieur, rendu en 2007, le Hoge Raad avait jugé que la Cour d'appel avait incorrectement appliqué le critère de cette modération et, en bref, avait trop aisément opté pour la modération⁵⁵.

⁵¹ C. SIEBURGH, préc., note 38, n° 415.

⁵² HR 12 mai 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5783, (2000) *NJ* 412 (Interpolis et Van den Heuvel / Peeten).

⁵³ Art. 91-94 BW.

⁵⁴ HR 16 février 2018 ECLI:NL:HR:2018:207 (*Turan / Easystaff*), r.o. 3.4.1.

⁵⁵ HR 27 avril 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6638 (*Intrahof / Bart Smit*).

2. La résiliation du contrat à durée déterminée

Un appel au pouvoir de résiliation du contrat, en vertu de la loi ou du contrat lui-même, peut être *inacceptable* selon les critères de la raison et de l'équité⁵⁶. SMQ Group B.V., titulaire d'un certain nombre de brevets, a conclu un contrat de licence avec la société italienne Goglio S.P.A. en 2010 pour une durée de 15 ans. Cet accord comprend, entre autres, une option de résiliation. Goglio paie trop tard et SMQ résilie le contrat. Goglio soutient que la résiliation est inadmissible. Selon elle, l'article 6:248 al. 1 BW exige un motif de résiliation sérieux. Le Hoge Raad répète la règle principale selon laquelle un contrat à durée déterminée peut en principe être résilié. Dans le cas présent d'une option de résiliation convenue à l'avance, la résiliation n'est inadmissible que si elle est inacceptable au regard des critères de la raison et de l'équité. Le Hoge Raad suit la décision de la Cour d'appel selon laquelle la clause de résiliation contractuelle convenue entre SMQ et Goglio était tout à fait raisonnable. La clause de résiliation ne doit pas être complétée en vertu de l'article 6:248 al. 1 BW.

Le Hoge Raad fait référence aux jugements antérieurs dans lesquels il a décidé qu'un contrat à durée déterminée (qui ne prévoit pas d'option de résiliation) peut, selon l'intention des parties, être non résiliable, et que, dans certaines circonstances, une partie peut invoquer les articles 6:248 al. 2 et 6:258 BW pour faire échec à la résiliation voulue par l'autre partie⁵⁷. Cette situation ne s'est pas présentée en l'espèce.

3. Le droit du travail

Dans une affaire relevant du droit du travail, la question était de savoir si l'enseignant avait droit à une indemnité intégrale (*transitievergoeding*) en cas de licenciement pour cause de maladie, peu de temps avant l'âge de la retraite. Le Hoge Raad estime que c'est à juste titre que la Cour d'appel a déclaré qu'en vertu de l'article 6:248 al. 2 BW, il faut se demander si le versement de cette indemnité serait *inacceptable* selon les critères de la raison et l'équité. Selon le Hoge Raad, la Cour d'appel a statué à juste titre que le paiement de l'indemnité n'était pas inacceptable en l'espèce⁵⁸. Dans un autre arrêt récent, le Hoge Raad a mentionné qu'il était possible pour l'employeur

⁵⁶ HR 2 février 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (Goglio / SMQ Group).

⁵⁷ HR 10 juin 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134 (Pensioenfonds Alcatel-Lucent / Alcatel-Lucent).

⁵⁸ HR 5 octobre 2018, ECLI:NL:HR:2018:1845.

de s'appuyer sur l'article 6:248 al. 2 BW pour refuser au salarié qui a été licencié avec rupture immédiate du contrat de travail la réclamation de son salaire en tout ou en partie⁵⁹.

4. L'interruption du délai de prescription

Il est possible que le délai de prescription d'une action ait commencé à courir avant que le demandeur n'ait eu connaissance de sa cause d'action. C'est le cas, par exemple, lorsque l'employé tient l'employeur responsable parce qu'il a été exposé à l'amiante dans le cadre de son travail et qu'il a par conséquent contracté la maladie du mésothéliome. Dans la plupart des cas, la maladie n'est détectée qu'après l'expiration du délai de prescription. Le délai de prescription, long et objectif, peut faire obstacle à une demande que la personne lésée ne pouvait pas introduire pendant ce délai. Le délai de prescription commence à courir indépendamment du fait que la victime ait eu connaissance du dommage et de la personne qui en est responsable. Cette situation s'est produite dans l'arrêt *Erven Van Hese / De Schelde*⁶⁰. Un travailleur a été employé par De Schelde N.V. de 1959 à 1963, où il est entré en contact avec de l'amiante. En 1996, il développe un mésothéliome causé par l'amiante. Il tient son ancien employeur responsable. Plus tard dans l'année, il meurt de la maladie. Le Hoge Raad estime que les critères de la raison et de l'équité (art. 6:2 BW) peuvent impliquer que le délai de prescription de 30 ans est inacceptable. La question de savoir si le délai de prescription de 30 ans après l'événement sur lequel la responsabilité est fondée est effectivement inacceptable selon les normes de la raison et de l'équité devra être évaluée en tenant compte de toutes les circonstances. L'importance de cet arrêt réside dans les facteurs d'appréciation ayant une portée générale. Le juge doit montrer qu'il a pris en considération dans son appréciation les aspects suivants :

- s'il s'agit de la réparation d'un dommage pécuniaire ou d'un dommage non pécuniaire et, à cet égard, si l'indemnité demandée bénéficie à la victime elle-même, à ses proches ou à un tiers;
- dans quelle mesure la victime ou ses survivants sont en droit de demander ou de recevoir toute autre forme d'indemnisation pour le dommage;

⁵⁹ HR 13 juillet 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209.

⁶⁰ HR 28 avril 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, (2000) NJ 430 (*Erven van Hese / De Schelde*).

- dans quelle mesure l'événement peut être imputé à la personne responsable;
- dans quelle mesure la personne responsable a tenu compte ou aurait dû tenir compte, avant l'expiration du délai de prescription, de la possibilité qu'elle soit responsable du dommage;
- si la personne poursuivie a encore une possibilité raisonnable de se défendre contre la demande;
- si la responsabilité est (encore) couverte par une assurance;
- si, après la découverte du dommage, la responsabilité a été établie et une demande de réparation a été introduite dans un délai raisonnable.

L'arrêt *Erven Van Hese / De Schelde* a ouvert la voie aux demandes d'indemnisation des victimes de l'amiante et d'autres maladies professionnelles qui ne se révèlent qu'après le délai de prescription libératoire de 30 ans. L'importance de l'arrêt réside notamment dans les critères mentionnés par le Hoge Raad. Il est à noter que le juge a dû tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette Cour a statué que l'application d'un délai de prescription qui était déjà expiré lorsque la victime a appris qu'elle avait subi un dommage peut violer le droit d'accès à la justice garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶¹ (ci après «CEDH»). Le juge est tenu d'appliquer les articles 6:2 al. 2 et 6:248 al. 2 BW d'une manière conforme aux obligations qui découlent de la CEDH. Il convient de se demander si le recours à la prescription restreint de manière excessive le droit à un accès effectif à la justice. Si le recours à la prescription n'est pas jugé inacceptable au regard des critères de la raison et de l'équité (et que l'invocation de la prescription est donc maintenue), la décision pourrait ne pas être compatible avec l'article 6 de la CEDH. Toutefois, le droit d'accès à la justice n'est pas absolu; le juge peut lui apporter des limitations dans un souci de sécurité juridique, y compris sous la forme d'un délai de prescription, pour autant que ces limitations ne rendent pas le droit d'action illusoire.

⁶¹ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. n° 5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953) [Convention européenne des droits de l'homme].

Dans une affaire de longue haleine et controversée, un avocat se plaint d'un juge. La Cour d'appel estime que l'appel du juge à la prescription est inacceptable selon les critères de la raison et de l'équité. L'avocat Smit a déclaré que le juge Westenberg avait appelé des avocats, dont lui-même, dans le contexte d'une procédure judiciaire, ce qui est interdit aux juges. Westenberg a demandé une rectification et a nié que cela soit arrivé. Il a délibérément nié, au mépris de la vérité, avoir eu une telle conversation téléphonique, qualifiant ainsi l'avocat de menteur. Le Hoge Raad réitère le point de départ du délai de prescription (art. 3:310 al. 1 BW). L'appel à la prescription, y compris l'appel à refuser l'interruption du délai de prescription, peut être *inacceptable* selon les critères de la raison et de l'équité. Le Hoge Raad souligne le caractère exceptionnel de cette affaire et confirme la décision de la Cour d'appel⁶².

Dans une affaire opposant X à une municipalité, la question était similaire : est-ce que le recours à la prescription au cours des négociations était *inacceptable* du point de vue des critères de la raison et de l'équité ? En principe, les négociations ne donnent pas lieu à l'interruption du délai de prescription, mais dans certaines circonstances, le débiteur ne peut invoquer la prescription qu'après un délai de cinq ans suivant la fin des négociations. Le Hoge Raad estime qu'un nouveau délai de prescription commence à courir à l'issue des négociations. Dans d'autres circonstances, le délai de prescription peut être suspendu jusqu'à la fin des négociations. Ainsi, le recours à la prescription ne réussit pas toujours⁶³.

Dans plusieurs procédures judiciaires remontant au passé colonial des Pays-Bas, une demande en dommages-intérêts a été introduite en raison des actions commises par l'État néerlandais à l'époque de la présence coloniale en Indonésie. Le recours de l'État à la prescription a été jugé inacceptable au regard des critères de la raison et de l'équité, examinés à la lumière des facteurs énumérés par le Hoge Raad dans l'arrêt *HR Erven Van Hese / De Schelde*. La nature exceptionnelle du comportement illégal a pesé lourd dans la balance. Les personnes concernées, principalement les veuves d'Indonésiens mis à mort, se sont vu refuser l'accès à la justice pendant une longue période. Finalement elles ont poursuivi l'État. Le tribunal de La Haye décide que le fait que l'État s'appuie sur la prescription des droits d'action des veuves est inacceptable au regard des critères de la raison et de l'équité

⁶² HR 23 novembre 2018, ECLI:NL:HR:2018:2047 (Westenberg / Smit).

⁶³ HR 26 janvier 2018 ECLI:NL:HR:2018:111 (X / Groningen).

de l'article 6:2 BW. Vu les circonstances les veuves ont poursuivi l'État dans un délai raisonnable⁶⁴. L'État n'a pas fait appel.

5. La résiliation du contrat

Le musée l'Hermitage à Amsterdam avait conclu un contrat pour l'exploitation du café du musée. L'exploitation en soirée s'avère impossible sur le plan commercial, en partie à cause de la commission fixée par le musée. Les parties négocient longtemps mais aucun accord n'est conclu et le musée exige l'exécution selon le contrat (l'ouverture en soirée). L'exploitant du café refuse et le musée résilie le contrat. L'exploitant du café s'oppose alors à la résiliation du contrat. Le Hoge Raad approuve la décision de la Cour d'appel : l'obligation d'ouvrir le musée le soir est *inacceptable* selon les critères de la raison et de l'équité⁶⁵.

6. L'imprévision

La révision judiciaire du contrat pour imprévision (art. 6:258 BW) est une *lex specialis* de l'article 6:248(2) BW pour des cas extrêmes. Avant la pandémie de COVID-19, l'application de l'article 6:258 BW était rare et très limitée, notamment à cause des conditions strictes de son application (*inacceptable*). Dans une série d'affaires de bail très médiatisées, les tribunaux de première instance, puis le Hoge Raad, ont statué sur l'application de la doctrine de l'imprévision.

Le tribunal de première instance du Limbourg a posé des questions préjudicielles au Hoge Raad concernant l'impact de la pandémie comme base de l'éventuelle réduction du loyer⁶⁶. L'affaire en question concernait le contrat de bail conclu entre un propriétaire / bailleur (le demandeur) et le locataire de l'immobilier, la société brassière Heineken N.V. Heineken offrait en sous-location une soixantaine de cafés et de restaurants, appartenant à des propriétaires différents. En raison des mesures sanitaires gouvernementales, tous les cafés et les restaurants ont dû fermer le 15 mars 2020. Koninklijke Horeca Nederland, l'association professionnelle de l'industrie hôtelière aux Pays-Bas, a encouragé les propriétaires des locaux à renoncer

⁶⁴ Rechtbank Den Haag 14 septembre 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8793, (2012) NJ 578 (Executies Rawagedeh) ; Hof Den Haag 1^{er} octobre 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2524 (Executies Zuid-Celebes).

⁶⁵ HR 6 octobre 2017, ECLI:NL:HR:2017:2566 (Hermitage).

⁶⁶ Rechtbank Limburg 31 mars 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:2982.

à deux mois de loyer. Dans ce cas précis, Heineken, en tant que locataire, a accordé une réduction de deux mois de loyer à ses sous-locataires. Ensuite, Heineken a demandé aux propriétaires des locaux de renoncer à leur tour à un seul mois de loyer, pour ainsi répartir les pertes en parts égales, ce que nombre de propriétaires ont refusé. Les questions posées par le tribunal de première instance du Limbourg au Hoge Raad dans la procédure préjudicielle sont les suivantes⁶⁷ :

1. Du point de vue d'un bail commercial, s'agit-il d'un défaut de la chose louée? La réponse du Hoge Raad est négative. La fermeture des locaux commerciaux imposée par le gouvernement en réponse à la pandémie ne constitue pas un vice de la chose louée au sens de l'article 7:204(2) BW.
2. Du point de vue contractuel, s'agit-il d'un cas d'imprévision? Le Hoge Raad a répondu à cette question par l'affirmative. Dans le cas d'un bail conclu avant le 15 mars 2020, le fait que, en raison des mesures gouvernementales liées à la pandémie, un locataire dont le chiffre d'affaires dépend de la venue du public ne peut pas exploiter les locaux commerciaux qu'il loue, ou qu'il peut seulement le faire dans une faible mesure, constitue, sauf indices concrets à l'effet contraire, une circonstance imprévue au sens de l'article 6:258 BW sur la base de laquelle le juge peut adapter le bail en réduisant le loyer. Pour les contrats conclus après le 15 mars 2020, les éventualités doivent être examinées au cas par cas. Le Hoge Raad s'exprime ensuite sur la façon de calculer la compensation.

*

* *

La bonne foi dans le droit des obligations en général et dans le droit des contrats en particulier, sous la forme des «critères de la raison et de l'équité» dont font état les articles 6:2 et 6:248 BW, justifie la modification et même l'inexécution du contrat conclu entre les parties, en totalité ou en partie. Les défis des dernières années en fournissent plusieurs illustrations. Pensons au contrat de bail pendant la pandémie de COVID-19, à l'appel fort à la réparation du dommage colonial historique recevant comme réplique que la revendication est prescrite, ou à la réparation du dommage se révélant

⁶⁷ HR 24 décembre 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974 (Heineken).

longtemps après l'expiration du délai de prescription, qui a pris naissance dans le contexte de la contamination par l'amiante pour ensuite s'étendre à d'autres domaines du droit civil.

Si certains estiment que l'autonomie des parties et la sécurité juridique sont en péril, il faut garder à l'esprit que ce sera au profit de la justice qui devrait régner entre les parties et de la restauration de l'équilibre perturbé par suite d'évènements souvent extraordinaires et d'origines multiples. On constate que les effets supplétifs et restrictifs de la bonne foi dans le droit des obligations corrigent les règles applicables entre les parties. L'effet supplétif conduit en général à la prise en charge d'obligations additionnelles, parfois même à d'autres conséquences juridiques. L'effet restrictif, appliqué avec retenue, conduit en général à l'inverse, à la limitation ou à l'exclusion d'une règle faisant partie du contrat. Il peut même, dans des cas précis, justifier l'inexécution du contrat. La pandémie de COVID-19 a permis, pour la première fois, de déployer pleinement l'article 6:258 BW (imprévision) pour corriger le déséquilibre entre locataires et propriétaires. Par conséquent, après la fin de la pandémie, les restaurants et les cafés fonctionnent comme d'habitude et le nombre de faillites dans ce secteur est très faible. Le pouvoir correcteur de la bonne foi contractuelle a porté ses fruits, ce dont profitent également les propriétaires des locaux.

Ainsi, la bonne foi dans le droit des obligations s'est révélée être une valeur sûre qui évolue dans le temps. La jurisprudence récente en témoigne. Aux Pays-Bas, la bonne foi est vivante, se porte bien et est en pleine forme. Elle n'a jamais été une « possession tranquille ». Mieux vaut dire qu'elle est une possession perturbée qui s'adapte et évolue dans le temps.