



NEDERLANDSE VERENIGING VOOR RECHTSVERGELIJKING
NETHERLANDS COMPARATIVE LAW ASSOCIATION

La confiance légitime et l'estoppel

Bénédicte Fauvarque-Cosson

Readers are reminded that this work is protected by copyright. While they are free to use the ideas expressed in it, they may not copy, distribute or publish the work or part of it, in any form, printed, electronic or otherwise, except for reasonable quoting, clearly indicating the source. Readers are permitted to make copies, electronically or printed, for personal and classroom use.

Remarques préliminaires

Ce rapport général a été rédigé à partir des rapports nationaux reçus. Les rapporteurs nationaux ont répondu, avec beaucoup de talent et de science, au questionnaire qui leur avait été adressé et l'auteur du rapport général les en remercie vivement.

La structure du rapport suit en partie l'ordre du questionnaire. Dans la première partie, les différents concepts utilisés pas les divers systèmes juridiques sont présentés. Les applications de la notion de confiance légitime sont si nombreuses, si diverses, si riches, que la synthèse, tâche qui incombe en principe au rapporteur général, est apparue impossible à réaliser dans la première partie de cette étude. Car il fallait, avant toute chose, rendre compte de cette diversité à travers l'étude, par chaque système, de la manière dont la confiance légitime est prise en compte, et faire ainsi ressortir certains traits saillants du droit des contrats ou de la responsabilité dans le système considéré. En revanche, une fois cette diversité exposée, une synthèse des principaux effets de la confiance légitime a pu être faite dans la deuxième partie du rapport général, ce qui a supposé de centrer l'étude sur quelques droits nationaux et sur le seul droit des contrats. Certains choix pourront apparaître arbitraires mais ils étaient nécessaires en raison de la grande richesse et de la longueur de tous ces rapports.

* Session IIA4. Rapports nationaux reçu des: Afrique du Sud, G. Lubbe; Allemagne, F. Faust & V. Wiese; Argentine, J. César Rivera; Belgique, S. Stinjs & I. Samoy; Canada, B. Moore & J. Glenn; France, D. Mazeaud; Hongrie, A. Manyhard; Italie, G. Marini; Japon, N. Kano; Royaume-Uni (Ecosse), E. Reid; Royaume-Uni (Angleterre), J. Cartwright; Suisse, A. Morin; Etats Unis, G. Maggs. Cette rapports nationaux, et le rapport général, sera publié par la Société de législation comparée: B. Fauvarque-Cosson (Ed.), La confiance légitime et l'estoppel (2007).

Un ouvrage comprenant ce rapport général ainsi que les rapports nationaux sera publié en 2007, par la Société de législation comparée, dans la collection ‘Droit privé comparé et européen’ que dirige l’auteur de ce rapport général. Ce rapport général a été élaboré grâce à tous ces rapports nationaux, d’une grande qualité, c’est pourquoi il est nous est apparu indispensable de les publier. Dans l’attente de cette publication, peu de renvois ont été faits aux rapports nationaux dans ce rapport général car les références exactes ne pouvaient encore être précisées (à l’exception du rapport français, publié avant même le Congrès d’Utrecht par la *Revue internationale de droit comparé*).

1. Introduction

Dans l’état de nature, l’homme est libre de dire et de se dédire.

Ainsi, Spinoza écrit-il:

Admettons que quelqu’un ait donné sa parole, verbalement, d’accomplir telle ou telle action, dont, du point de vue de l’exercice de son droit personnel, il pourrait s’abstenir. Ou au contraire qu’il ait donné sa parole de s’abstenir d’une action, qu’il pourrait accomplir. Cette parole reste valide seulement tant que la volonté de celui qui s’engageait ne change pas. En vérité, du fait qu’il détient la puissance de reprendre sa parole, il n’a nullement aliéné son droit, mais n’a engagé que des mots. Par conséquent, il suffit que cet homme, demeuré en vertu du droit de nature seul arbitre de ses actions, considère la parole donnée comme plus désavantageuse qu’avantageuse. Peu importe que cette appréciation soit ou non erronée, car l’être humain est faillible. Néanmoins, si, quant à lui, il estime que sa parole doit être reprise, il la reprendra d’un plein droit de nature.¹

Il en va différemment en morale et en droit où la parole donnée ne saurait être reprise, particulièrement lorsqu’elle a suscité une confiance dans l’esprit d’autrui.

“On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles.” Cette maxime célèbre de Loysel, qui exprime le principe du consensualisme, rend également compte de l’idée que ce n’est pas tant la volonté elle-même qui marque la naissance de l’obligation, mais l’expression de cette volonté, sa communication à autrui qui aura placé toute sa confiance dans les paroles ainsi exprimées.

La notion de *reliance* exprime davantage que la simple confiance ou expectative.² Elle renvoie au comportement du créancier ayant agi sur le fondement d’une promesse ou d’un contrat.

On peut sans doute la traduire par celle de ‘confiance légitime’ ou ‘d’attentes légitimes’, étant toutefois précisé que les attentes ne sont pas synonymes de confiance. Le principe de confiance légitime fait déjà partie de l’ordre juridique communautaire ainsi que l’a affirmé la CJCE dans l’arrêt *Töpfler c. Commission* du 3 mai 1978.³

Tous ces concepts – confiance, attentes légitimes, *reliance*, *legitimate expectations*, *estoppel* – sont présents dans le droit positif de très nombreux pays. Mais ils se parent de

¹ Spinoza, *Traité de l’autorité politique*, publié en 1677 dans les Opera posthuma, trad. franç. in Spinoza, Œuvres complètes, éd. La Pléiade (1954), p. 928.

² D. Tallon & D. Harris (Eds.), *Le contrat aujourd’hui: comparaisons franco-anglaises* 24 (1987); H. Muir Watt, *Reliance et définition du contrat, Perspectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin* 57 (1999). Rec. 1978 at 1019

³ Rec. 1978, p. 1019

tant de doctrines et mécanismes différents qu'il n'est pas toujours aisé de les identifier. C'est alors que l'on se heurte aux difficultés de la comparaison, aux incompréhensions réciproques, aux risques de faire fausse route. Dans les pays de droit civil, la protection de la confiance est souvent (mais non toujours) assurée de manière peu spécifique et très flexible, à travers des principes généraux, au premier rang desquels la bonne foi. Il en va différemment dans les pays de *common law* où, par delà les termes de *reliance* ou de *legitimate expectations*, se déploie une doctrine spécifique – aux multiples visages il est vrai, et donc aux contours plus ou moins cernés selon les pays –: l'*estoppel*. Si les conditions et les effets de la doctrine de l'*estoppel* sont fort différents d'un pays à l'autre, l'esprit fondateur de la doctrine demeure le même: une personne ne peut plus se contredire lorsque, par son comportement ou ses paroles, elle a suscité la confiance d'autrui. Ce qui importe n'est donc pas tant de scruter l'intention de l'auteur de l'engagement mais la perception qu'en a eu le destinataire, l'étendue de sa confiance.⁴

La doctrine de l'*estoppel* tient compte des deux facteurs suivants: la contradiction dans l'attitude de la partie soumise à l'*estoppel* et la confiance faite à l'auteur de l'*estoppel* par celui qui l'invoque. Insister sur la contradiction, c'est favoriser le rapprochement avec des concepts civilistes tels que la bonne foi, l'abus de droit ou encore *venire contra factum proprium*. Mettre en exergue la confiance trompée, c'est, nous semble-t-il, rapprocher l'*estoppel* de la théorie de l'apparence. Les pays de tradition civiliste utilisent tour à tour chacune de ces notions afin de protéger les attentes légitimes.

Dans les pays de droit civil, la confiance placée dans les paroles ou les actions de l'autre est fort diversement prise en compte. Si elle l'est parfois à travers une théorie spécifique, telle la théorie de la confiance légitime ou de l'apparence en droit belge, le plus souvent, cela est fait à travers des principes généraux, au premier rang desquels on retrouve invariablement le principe de bonne foi, comme le révèlent les droits français, allemand, suisse, japonais et tant d'autres encore. Bien plus, lorsqu'une doctrine spécifique émerge, elle se raccroche souvent au principe général de bonne foi dont elle semble alors être une excroissance: il en est ainsi, notamment en droit allemand ou néerlandais, avec la doctrine du *venire contra factum proprium*, qui donne elle-même naissance à la *Verwirkung*. Dès lors, dans tous ces pays, les applications légales et jurisprudentielles de la *reliance* sont d'autant plus difficiles à déceler qu'elles s'expriment en la forme de doctrines diverses, de principes généraux aux contours mal cernés.

En outre, il n'est pas toujours aisé de discerner le sens de la politique juridique ou judiciaire d'un pays. Ainsi, en droit français, on constate, d'un côté, une certaine résistance à la réception de la doctrine de l'*estoppel*, fut-elle 'francisée' et dénommée 'principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui' et, d'autre part, une réelle attirance

⁴ Muir Watt, *supra* note 2.

pour cette doctrine, doublée d'une forte propension du droit français des contrats à tenir compte de la confiance légitime, allant même parfois jusqu'à en faire un fondement de la force obligatoire du contrat. Á vrai dire, l'institution que représente l'*estoppel* fascine les juristes civilistes.⁵ Plusieurs thèses traitent de l'*estoppel*, soit dans son ensemble,⁶ soit sous un aspect précis,⁷ soit dans une branche du droit déterminée,⁸ soit en tant que manifestation d'un principe général, tel le principe de cohérence.⁹ De nombreux articles lui ont été consacrés, notamment en droit du commerce international.¹⁰ On ne compte plus les ouvrages qui s'y réfèrent, dans les domaines les plus divers, ou les arrêts qui sanctionnent, d'une manière ou d'une autre, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Mais surtout, en cette année 2006, on a vu la première Chambre civile de la Cour de cassation se référer explicitement à l'*estoppel*.¹¹ Phénomène extraordinaire de réception, sans traduction, d'un concept étranger. L'événement n'est pas passé inaperçu. L'exotisme de l'institution n'explique pas à lui seul son succès; l'engouement tient surtout aux effets merveilleux qu'on en peut attendre car l'*estoppel* évoque la noble idée d'un devoir de cohérence avec soi-même et de loyauté envers les autres.

Mais le comparatiste a depuis longtemps appris à se méfier de ce qui vient d'ailleurs. Par delà les mots et les concepts, il convient d'examiner les situations de fait, c'est-à-dire de rechercher dans quelle mesure la confiance permet d'obtenir, d'un système juridique à l'autre, des résultats, si ce n'est en tous points similaires, du moins largement semblables. En explorant le droit anglais, on découvre vite que la doctrine de l'*estoppel* s'avère impuissante à produire tous les effets qu'on pourrait en attendre et qu'en droit des contrats, son développement est en grande part lié aux caractéristiques du droit anglais particulièrement à l'exigence d'une *consideration* pour que la promesse soit obligatoire. Sans contrepartie, une promesse n'est jamais contractuellement obligatoire. C'est pourquoi une personne qui promet sans contrepartie quelque chose à autrui, qui croit en la promesse faite, ne peut plus revenir sur sa parole; elle est *estopped*, sous certaines conditions. Dans les pays de droit civil au contraire, les concepts généraux tels que la bonne foi, l'apparence, l'abus, jouent de

⁵ V. notamment H. Muir Watt, *Pour l'accueil de l'estoppel en droit français*, Mélanges Y. Loussouarn 303 (1994).

⁶ O. Moréteau, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime* (thèse Lyon, 1990). V. encore, O. Moréteau, *Revisiting the Grey Zone Between Contract and Tort: The Role of Estoppel and Reliance in Mapping out the Law of Obligations*, 2004 *European Tort Law* 60 ff.

⁷ M.-Chr. Cauchy-Psaume, *L'estoppel by representation: Etude comparative de droit privé français et anglais* (thèse Paris XI, 1999).

⁸ A. Martin, *L'estoppel en droit international public* (1979).

⁹ D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en droit privé français* (2000). Sur l'*estoppel* du droit anglais, cf. n° 954 s: l'auteur, qui le rapproche de la notion de non-recevoir (n° 970 s.), y voit 'la manifestation la plus fameuse d'un principe qui le dépasse' – à savoir le principe de cohérence – (n° 968).

¹⁰ E. Gaillard, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international*, 1985 *Rev. Arb.* 241; Ph. Pinsolle, *Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international*, 1998 *Clunet* 905.

¹¹ Cass. Civ. 1^{re}, 6 juillet 2005, D. 2006, p. 1424 note Agostini; D. 2005, Pan. P. 3050, obs. T. Clay; *Gaz. Pal.*, 24/25 févr. 2006, note F.-X. Train.

manière beaucoup plus générale et permettent d'aller parfois plus avant dans la sanction d'un comportement incohérent. De leur côté, indépendamment même de la doctrine spécifique de *l'estoppel*, les concepts de *reliance* ou de protection des attentes légitimes (*protection of legitimate expectations*) jouent un rôle important, notamment en matière de responsabilité où ils constituent un mode d'évaluation des dommages et intérêts. On parlera alors de *reliance interest*, en tant que mesure de la réparation. Ce critère permet de mettre la victime dans la situation dans laquelle elle aurait été si le dommage n'avait pas été causé. Tandis que *l'expectation interest* viserait à compenser le profit escompté, le *reliance interest* s'attacherait à indemniser la seule perte subie.¹²

Ainsi ce rapport étudiera-t-il d'abord les concepts (2) pour tenter ensuite de dégager certains effets communs (3).

2. Les concepts

Afin de détecter la place laissée à la notion de confiance légitime ou d'*estoppel* dans chaque système juridique présenté par les rapporteurs nationaux, on pourrait songer à distinguer entre, d'un côté, les systèmes dans lesquels il existe des doctrines spécifiques et, de l'autre, ceux dans lesquels la protection de la confiance légitime est assurée par des principes généraux qui forment le socle général du droit des contrats. Toutefois, cette distinction ne résiste pas toujours à l'analyse approfondie de chaque système juridique. Dans d'assez nombreux pays, la protection de la confiance est assurée, d'une part à travers le recours aux concepts généraux et, d'autre part, grâce à des doctrines spécifiques qui constituent des émanations de ces principes généraux et n'épuisent pas leur capacité d'action. Tant et si bien qu'à la réflexion, la présentation la plus fidèle demeure celle qui, reprenant la répartition, certes assez dépassée mais toujours opératoire, des systèmes de droit en familles juridiques, oppose les systèmes de la famille de *common law* à ceux de la famille romano-germanique. On sortira toutefois de cette présentation dichotomique trop tranchée en plaçant un pont entre ces deux familles, pont à double voie, constitué par les systèmes juridiques mixtes qui possèdent une doctrine spécifique dont la similitude avec *l'estoppel* est avérée.

2.1. L'existence d'une doctrine spécifique de *l'estoppel* dans les pays de *common law*

Au premier rang des doctrines spécifiques qui permettent de protéger la confiance trompée vient celle de *l'estoppel*. Elle mérite une attention particulière tant elle joue un rôle important en droit: droits de *common law*, droit international, et même certains droits de tradition civiliste.

¹² L. L. Fuller & W. Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 Yale L.J. 52 (1936).

L'estoppel porte un nom familier aux juristes civilistes. Ce mot, qui vient du vieux français étoupe, aurait traversé la Manche, en 1066, avec Guillaume le Conquérant. Garnir d'étoupe ou étouper signifie boucher (d'où l'expression étouper les fentes d'un tonneau ou encore s'étouper les oreilles).¹³

La règle repose sur l'interdiction de profiter de ses propres contradictions, de "souffler à la fois le chaud et le froid, d'affirmer d'un côté et de dénier de l'autre."¹⁴ *L'estoppel* ne consacre pas pour autant une interdiction générale de se contredire; il faut avoir créé chez autrui une attente légitime et que le rétablissement de la vérité porte préjudice à celui-ci. À l'origine, il s'agissait d'un mécanisme de blocage qui fonctionnait à la manière d'une fin de non-recevoir.¹⁵ Par exemple, celui qui laisse croire à son cocontractant qu'il consent à réduire sa dette de moitié, et que ce dernier avait des raisons légitimes de lui faire confiance, ne pourra plus exiger en justice le paiement intégral. Il est *estopped* ou même tout simplement *stopped*.¹⁶

Mais la doctrine de *l'estoppel* a considérablement évolué au vingtième siècle.¹⁷ En outre, elle se présente sous des jours différents selon les pays: très encadrée en droit anglais, elle l'est moins en droit américain où elle s'identifie davantage à la *reliance*, tandis qu'en droit australien, elle s'est muée en véritable principe général, avec, pour fondement, *l'unconscionability*, ce qui n'est pas sans évoquer la bonne foi des pays civilistes.

1. Droit anglais

En Angleterre, pays d'origine de la doctrine, *l'estoppel* demeure l'une des institutions les plus insaisissables.¹⁸ Comme le montre parfaitement le rapport national, derrière l'idée générale commune, il n'existe pas, contrairement à ce que l'on croit trop souvent, une institution unique, mais une multitude d'*estoppels* dont les régimes et les fonctions sont des plus

¹³ L'auteur de la première thèse française relative à *l'estoppel* relevait ceci:

de même qu'on utilise un tampon d'étoupe pour obstruer une voie d'eau [...] ainsi le plaideur emploie-t-il le moyen de *l'estoppel* au cours d'un procès judiciaire, comme il mettrait un bâillon aux lèvres de son adversaire, pour lui interdire péremptoirement d'alléguer telle prétention qui serait en contradiction flagrante avec certains faits [...]

J. Dargent, *Une théorie originale du droit anglais en matière de preuve: la doctrine de l'estoppel* (Thèse Grenoble, 1943) at 232

¹⁴ *Cave v. Mills*, 1862, 7 H & N 913 (Exch.)

¹⁵ Cf., suggérant d'y voir une nouvelle fin de non-recevoir "fondée sur l'idée plus générale de loyauté dans le pouvoir d'agir en justice", J. Vincent & S. Guinchard, *Procédure civile* (25^{ème} ed. 1999) n. 145. D'après ces auteurs, le rapprochement paraît d'autant plus approprié que le lexique anglo-français du Conseil de l'Europe (1993) donne trois équivalents à *l'estoppel*, dont la fin de non-recevoir.

¹⁶ Les Anglais parlent de *representation* pour désigner les déclarations, les actes ou l'attitude de celui auquel *l'estoppel* est opposé.

¹⁷ V. le rapport anglais.

¹⁸ Deux auteurs anglais écrivaient, en 1947: "peu de doctrines sont à la fois si potentiellement riches et si peu satisfaisantes." Et ceux-ci d'ajouter, non sans lucidité et cynisme: "*l'estoppel* est plus souvent cité qu'appliqué, et plus appliqué que compris", G. C. Cheshire & C. H. S. Fifoot, *Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd*, 68 L.Q.R. 283 (1947).

hétéroclites. Á vrai dire, tous ces *estoppels* sont enfermés dans des limites si particulières que l'attrait qu'ils exercent n'a d'égal que leur incapacité à fonder un principe général d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui.¹⁹

Le juriste civiliste qui étudie l'*estoppel* du droit anglais doit explorer cette 'forêt amazonienne' qu'évoque parfois le droit anglais pour découvrir les espèces variées d'*estoppels*: *estoppel by record* ou *estoppel per rem judicatam*, *estoppel by deed*, *estoppel by convention*, *estoppel by representation*, *promissory estoppel*.²⁰ Dans la mesure où les juristes anglais sont assez peu férus de classifications théoriques, le mieux est sans doute encore de les étudier distinctement, tout en gardant à l'esprit ces deux questions – aussi étranges l'une que l'autre pour un juriste civiliste. La première, qui invite à replacer l'*estoppel* dans sa perspective historique: l'*estoppel*, consiste à se demander si l'*estoppel* est une institution de *common law* ou d'*equity*? La seconde, qui peut surprendre par ses termes imagés et guerriers qui évoquent les guerres médiévales, revêt une importance capitale: l'*estoppel*, bouclier ou épée (*a shield or a sword*)?

Les premiers *estoppels* apparurent en *common law* dès le 12^{me} et le 13^{eme} siècle (*estoppel by record*, l'*estoppel by deed*, l'*estoppel by matter in pais*); enfermés dans des limites plus étroites que les *equitable estoppels*, ils ne jouaient normalement qu'en présence d'une représentation fondée sur des faits réels (telle l'existence d'un contrat), par opposition à une simple déclaration d'intention (*statement of intention*).²¹ Á vrai dire, beaucoup d'entre eux, liés à la procédure contraignante de l'époque, sont devenus archaïques. D'autres se sont transformés.²²

¹⁹ On comprend mieux, dès lors, que des auteurs français aient pu déceler dans l'*estoppel* la version anglaise de principes aussi divers que ceux de cohérence, de loyauté, de bonne foi, de confiance légitime; qu'ils l'aient rapproché des théories de l'apparence, de l'abus de droit, des maximes *nemo auditur, fraus omnia corrumpit*, donner et retenir ne vaut; qu'ils y aient vu tour à tour une règle de procédure ou de fond, produisant les effets les plus variés, équivalents à l'acceptation tacite, la renonciation, la déchéance, ou bien encore, à la possession, au mandat apparent etc. Bref, le succès de la notion est assuré, mais la cacophonie juridique est à son comble.

²⁰ Si un auteur avait pu dénombrer douze variétés d'*estoppels* (A. Leopold, *Estoppel: a Practical Appraisal of Recent Developments*, 7 Aust. Bar Rev. (1991)), d'autres types d'*estoppels* ont été relevés depuis: cf. M. Spence, *Protecting Reliance: the Emergent Doctrine of Equitable Estoppel* 2 (1999) n. 3.

²¹ Cela résulte de *Jorden v. Money* (1854) 5 H.L.C. 185. Cela dit, cette restriction pourrait bien disparaître. En Australie, la distinction a été qualifiée 'd'illusoire': *Foran v. Wight* (1989) 168 CLR 385 at 435, Deane J.

²² L'*estoppel by record* (qui ne s'attachait au départ qu'aux décisions rendues par les Cours royales), fut étendu à toutes les décisions de justice et devint l'*estoppel per rem judicatam*, proche de l'idée romaniste d'autorité de la chose jugée. Il se divise en deux sous catégories: le *cause of action estoppel* et l'*issue estoppel* (le premier empêche de revendiquer à nouveau en justice un droit dont le juge a déjà reconnu ou nié l'existence; le second, qui est une extension de cette règle, vise les questions de droit déjà tranchées). On constate aujourd'hui un regain d'intérêt pour une autre forme d'*estoppel de common law*: l'*estoppel by convention*, qui opère notamment en cas de rupture des négociations précontractuelles, comme un substitut au consentement. Le but est de tempérer la doctrine traditionnelle de l'offre et de l'acceptation pour protéger la bonne foi contractuelle, alors même que le droit anglais ne reconnaît pas, à ce stade, le principe général de bonne foi, par crainte de l'insécurité juridique qu'il engendre.

Parmi les *estoppels* de *common law*, on retiendra surtout l'*estoppel by convention*, qui ne confère pas des droits nouveaux mais peut avoir pour effet, notamment lorsque les parties sont toutes deux victimes d'une erreur commune quant aux conséquences juridiques de leur contrat ou de l'une de ses clauses, de faire produire au contrat ou à l'une de ses clauses l'effet qu'elles croyaient à tort pouvoir ainsi obtenir.²³

Une autre forme d'*estoppel*, dénommée *estoppel by representation*,²⁴ s'est considérablement développée. Fondée sur l'idée qu'une personne qui a fait une '*representation*' à une autre avec l'intention qu'en se fondant sur cette *representation*, l'autre agisse à son détriment, et que c'est effectivement le cas, est '*estopped*': elle ne peut plus nier le contenu de sa représentation, laquelle allait par la suite fonder un principe général d'*estoppel*, mais cette fois en *equity*. Après avoir limité la portée de cet *estoppel* aux seules représentations de faits existants, à l'exclusion des déclarations d'intention ou des promesses (de sorte que cet *estoppel* était souvent présenté comme une règle de preuve: celui qui a fait la représentation d'un fait ne peut plus apporter des éléments de preuves qui viendraient contredire ce fait), cet *estoppel* s'est développé, dans deux directions et en la forme de deux nouvelles figures d'*estoppels*.

La plus ancienne est le *proprietary estoppel*; la plus récente et controversée est le *promissory estoppel*.

Le *proprietary estoppel*²⁵ constitue une doctrine bien établie, beaucoup plus ancienne que le *promissory estoppel*. En effet, des arrêts l'ont consacré dès le 17^{ème} siècle. Cette variété d'*estoppel* permet de transférer des droits réels sur un bien dans des conditions qui peuvent surprendre le juriste civiliste, et ce d'autant plus qu'il peut jouer en dehors de toute relation contractuelle ou précontractuelle et même en l'absence d'une représentation claire et non équivoque.²⁶ Le principe général est le suivant: lorsqu'une personne fait une représentation ou une promesse à une autre, concernant un intérêt ou un droit dans une propriété, et que l'autre agit sur la foi de cette représentation ou promesse, cette personne, propriétaire d'un bien, ne peut plus faire valoir ses propres droits sur sa propriété.

L'essor du *proprietary estoppel* s'explique par les particularités du droit anglais. Né de la nécessité de contourner un formalisme contraignant, il a pu se développer grâce à l'existence, en droit anglais de nombreux droits de nature immobilière, en dépit même de la maxime selon laquelle l'*Equity* ne vient pas au secours des volontaires (si A dépense de l'argent pour le bien de B, il n'acquiert en principe pas de droit sur ce bien). Certains auteurs y ont vu un remède à

²³ *Amalgamated Investment & Property Co Ltd v. Texas Commerce International Bank Ltd* [1982] QB 84. H. G. Beale (Ed.), *Chitty on Contracts* (29th ed, 2004), para. 3-107 to 3-114.

²⁴ Ainsi, selon un processus connu, par le canal de la présomption, une règle de preuve se transforme en une règle de fond.

²⁵ M. Pawlowski, *The doctrine of proprietary estoppel* (1996).

²⁶ *Crabb v. Arun District Council*, [1976], Ch. 179 at 188, C.A., *per Lord Denning M. R.*

l'enrichissement injuste.²⁷ Pour jouer, le *proprietary estoppel* suppose la *detrimental reliance* et la croyance que l'on avait acquis ou allait acquérir un droit légal sur la propriété du bien. Pour le reste, ses conditions de mise en œuvre sont assez imprécises et il devient difficile de le distinguer de certaines autres grandes figures du droit anglais. En particulier, on le rapproche parfois de certains *trusts* (*resulting* et *constructive trusts*)²⁸ ou bien encore d'autres droits concédés sur un bien, telles les licences, qu'elles soient contractuelles ou *equitable*.²⁹

Les juges anglais ont une grande liberté quant aux remèdes qu'ils estiment appropriés lorsqu'ils utilisent cette forme d'*estoppel*, cela pouvant aller jusqu'au transfert du droit de propriété tout entier (par opposition au simple transfert d'un droit de nature immobilière).

En pratique, le *proprietary estoppel* a pu être utilisé dans les relations entre concubins, notamment en faveur de celle qui avait entrepris des travaux dans la maison de son concubin sur la foi de la promesse de ce dernier de lui léguer la maison. Ainsi, dans l'arrêt *Pascoe v. Turner*,³⁰ cette dernière a pu obtenir le transfert en sa faveur du titre de propriété alors même que les sommes dépensées ne dépassaient pas quelques centaines de livres. Dans un autre arrêt, un droit d'occupation viager et gratuit fut accordé à la concubine qui avait vécu trente ans dans la maison.³¹ Dans une autre décision, seule une somme équivalente aux dépenses engagées fut octroyée.³² La tendance actuelle consiste à prendre l'*expectation* pour point de départ du calcul des remèdes (et non pas seulement le '*reliance loss*', comme c'est la tendance en Australie) et à en réduire le montant si la valeur de l'*expectation* est disproportionnée par rapport à celle du préjudice subi.³³

Le *promissory estoppel* constitue la version la plus moderne d'*equitable estoppel*. Il est apparu lorsque fut admise l'idée que toutes les formes de '*representations*', y compris les promesses, qu'elles soient frauduleuses ou faites de bonne foi, orales, écrites ou bien encore qu'elles résultent de la conduite de leur auteur, pouvaient fonder un *estoppel*.³⁴ Par exemple, un transporteur qui signe un connaissement dans lequel il reconnaît avoir reçu la marchandise

²⁷ R. Halson, *The offensive limits of promissory estoppel*, 1999 *Lloyd's Commercial and Maritime Law Review* 257, at 275.

²⁸ Sur cette question, cf. R. P. Meagher, W. M. C. Cummo & J. R. F. Lehane, *Equity Doctrines and remedies* 432 (3rd ed., 1992), n° 1727.

²⁹ Cf. H. G. Hanbury & J. E. Martin, *Modern Equity* (1935).

³⁰ C.A., *Pascoe v. Turner*, (1979) 1 W.L.R.431.

³¹ C.A., *Greasley v. Cooke* (1980) 1 WLR, 1306.

³² *Dodsworth v. Dodsworth* (1973) 228 EG 1115 (remboursement de la somme d'argent dépensée par le frère et son épouse pour des travaux effectués dans la maison de la soeur qui avait laissé entendre que le couple pourrait vivre dans cette maison toute leur vie).

³³ *Jennings v. Rice* [2003] 1 P & CR 100.

³⁴ Pour une classification des diverses formes d'*estoppels*, Moréteau (1990), *supra* note 6, p. 72 s.

du vendeur 'en bon état' ne pourra plus démontrer que les biens étaient déjà avariés lorsqu'il les a reçus si, à destination, le destinataire des marchandises, tiers au contrat, se plaint d'une avarie.³⁵

Si des décisions avaient déjà consacré le *promissory estoppel*,³⁶ c'est grâce à l'impulsion, forte, de Lord Denning (alors juge de la *High Court*), dans le fameux *High Trees case*,³⁷ que cette forme d'*estoppel* prit son essor. En 1937, un bailleur donne plusieurs appartements en location, pour une durée de 99 ans et un montant de 2 500 livres par an. En 1940, beaucoup d'appartements se retrouvent vides du fait de la guerre et de l'évacuation de Londres. Le bailleur accepte de réduire de moitié le montant du loyer, sans *consideration* en contrepartie. En 1945, les appartements sont à nouveau tous habités. Le bailleur réclame, pour l'avenir et pour la deuxième moitié de l'année 1945, le paiement du montant initialement convenu. Les locataires refusent de payer. Le propriétaire les assigne en justice et obtient gain de cause.

A l'occasion de cet arrêt, Lord Denning jugea que le montant intégral des loyers devait être payé à partir de l'année 1945. Il précisa par ailleurs, par voie d'*obiter dictum*, que s'il avait tenté d'exiger le paiement du montant total des loyers, le bailleur en aurait été *estopped* entre 1940 et 1945, ceci en raison de sa promesse antérieure:

si par ses paroles ou sa conduite, une personne fait une représentation non ambiguë quant à sa future conduite, avec l'intention que cette représentation soit '*relied on*' et que cela affecte les relations légales entre les parties, et que l'autre partie change sa position sur la foi de celle-ci ('*in reliance on it*'), celui qui fait la représentation ne peut plus agir de manière inconsistante avec la représentation si, ce faisant, il causerait un préjudice à l'autre.

Cette définition comporte plusieurs éléments:

- en premier lieu, il faut une promesse ou une représentation claire et non équivoque quant à une conduite future et le seul fait de ne pas exiger l'exécution du contrat ne suffit pas.
- en second lieu, il faut que l'autre ait agi sur le fondement de cette promesse. Bien que la question ait été débattue, il est en principe suffisant que l'autre ait agi comme il n'aurait pas agi sans la promesse ou la représentation. En d'autres termes, cela suffit à démontrer qu'il serait 'inéquitable' de revenir sur sa promesse.³⁸ Le critère principal n'est donc pas le préjudice subi mais le fait qu'il soit inéquitable, pour l'auteur de la promesse, de se dédire.³⁹ Toutefois, pour apprécier le caractère inéquitable de la rétractation et évaluer le montant des *damages*, le préjudice subi par le destinataire de la promesse constituera, à n'en pas douter, un critère de référence important.

Par la suite, Lord Denning a encore précisé qu'une relation antérieure contractuelle ou précontractuelle entre les parties n'était pas indispensable.⁴⁰

³⁵ Alors qu'en principe, en vertu du *Carriage of Goods by Sea Act* de 1924, cela constitue un moyen de défense pour le transporteur.

³⁶ *Hughes v. Metropolitan Railway Co* (1877) 2 App. Cas 439.

³⁷ *Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd* (1947) K.B.130.

³⁸ D'après Lord Denning, il n'y aurait même aucun précédent judiciaire exigeant une *detrimental reliance*. Cf. le jugement qu'il a rendu dans l'un des arrêts de la *Court of Appeal* qui consacre sa version du *promissory estoppel*, *W. J. Alan and Co. Ltd v. El Nasr Export and Import Co* [1972] 2 All ER 127.

³⁹ Cf. sur ce point, *Anson's Law of Contract* 114 (28th ed. 2002).

⁴⁰ *Brikom Investments Ltd v. Carr*, (CA), 1979, [1979] Q.B. 467; cf. *Ld Denning*: il suffit que le bénéficiaire de la promesse ait conduit ses affaires sur la base de la promesse de sorte qu'il serait 'inéquitable' de le priver du bénéfice de celle-ci. *Crabb v. Arun District Council*, *supra* note 26.

Pour l'heure, il convient encore de bien distinguer les diverses formes d'*estoppels*. En effet, chacun de ces *estoppels* obéit à un régime propre: ainsi, tandis que le *proprietary estoppel* constitue un mécanisme offensif, permettant la création de nouveaux droits – il peut être brandi comme une épée⁴¹ – le *promissory estoppel* n'est qu'un moyen de défense, un simple bouclier (*shield*).⁴² C'est du reste la raison pour laquelle son rôle est nettement plus limité qu'aux Etats-Unis ou en Australie. Certains auteurs et juges britanniques suggèrent néanmoins d'abolir la distinction entre le *proprietary* et le *promissory estoppel* et de retenir une catégorie plus large d'*equitable estoppel*, que caractériseraient, d'une part le comportement sans conscience (*unconscionability*) de celui qui donne sa parole ou crée une apparence trompeuse, et, d'autre part la *reliance* de celui qui modifie sa position à son détriment.

Deux séries d'arguments peuvent être invoqués en ce sens. Les premiers ont trait au fondement même du droit anglais des contrats. On ne peut en effet comprendre le succès du *promissory estoppel* en droit anglais que relié à l'exigence d'une *consideration*. En droit anglais des contrats, la promesse donnée sans contrepartie n'est pas valable et le promettant n'est pas engagé, sauf si la promesse a été faite sous une forme solennelle.⁴³ Même la modification ultérieure du contrat était soumise, récemment encore, à l'exigence d'une *consideration*.⁴⁴ Mais ce n'est plus le cas aujourd'hui et, par ailleurs, l'exigence d'une *consideration* est souvent contournée par les juges. Or, à suivre la logique du droit anglais, plus la doctrine de la *consideration* sera assouplie, et moins celle du *promissory estoppel* sera nécessaire. Certains auteurs estiment qu'il faudrait abolir la doctrine de la *consideration*. Cette idée a notamment été soutenue par P. S. Atiyah qui stigmatise l'absurdité de l'analyse conceptuelle reposant sur une distinction tranchée entre la promesse donnée en échange d'une *consideration* et celle exécutoire sur le fondement de l'*estoppel*.⁴⁵ Plutôt que de recourir à des constructions artificielles afin de satisfaire à l'exigence d'une *consideration*, Atiyah suggère de prendre en compte toute forme de *detrimental reliance*, sans rechercher si cela se justifie

⁴¹ *Crabb v. Arun District Council*, *supra* note 26.

⁴² Dans l'arrêt *Combe v. Combe* ([1951] 2 K.B. 215, at 224), Lord Denning rappela que l'*estoppel* n'était jamais en lui-même un moyen d'action et qu'on ne pouvait donc pas se débarrasser de la *consideration*, "trop fermement ancrée pour être emportée par un vent latéral."

⁴³ Autrefois, la promesse devait être faite sous sceau (*under seal*); désormais, une forme solennelle (*a deed*) suffit.

⁴⁴ *Cf. Foakes v. Beer* (1884) 9 App. Cas 605. Mais l'exigence, trop stricte, a progressivement été assouplie par la jurisprudence et semble aujourd'hui abandonnée: *William v. Roffey Bros* [1991] 1 QB 1 (CA); sur ce point *cf. H. Kötz & A. Flessner*, *European Contract Law*, volume one: Formation, Validity, and Content of Contracts; *Contract and Third Parties* 70 (1997).

⁴⁵ P. S. Atiyah, *Consideration in Contracts: a Fundamental Restatement* (1971), revu et corrigé à la suite des critiques du Professeur Treitel. (G. H. Treitel, *Consideration: A Critical Analysis of Professor's Atiyah Fundamental Restatement*, 50 *Australian LJ* 439 (1976), pour devenir le Chapitre 8 de son fameux ouvrage, *Essays on Contract* (1988) at 185 s.); *adde*, le chap. 10, p. 275 s.

par la *consideration* ou le *promissory estoppel*.⁴⁶ En outre, l'auteur dénonce le mythe de l'*estoppel*, simple bouclier et non pas une épée ou '*cause of action*'.⁴⁷ Et de fait, d'une part l'*estoppel* peut fournir un élément essentiel à l'appui d'une cause of action qui, sans cela, échouerait;⁴⁸ d'autre part, la position procédurale des parties peut dépendre des manœuvres procédurales de celui qui souhaite invoquer l'*estoppel* et qui, de ce fait, conduira l'autre à introduire l'action en justice.⁴⁹

L'important débat qui s'est noué autour d'une éventuelle conception unitaire de l'*estoppel*, qui rassemblerait non seulement le *proprietary estoppel* et le *promissory estoppel*, mais encore toutes les autres formes d'*estoppel*,⁵⁰ s'appuie sur un deuxième courant d'idées qui repose lui-même sur l'équité, au sens le plus large. A la suite de Lord Denning, d'autres juges ont suggéré d'adopter le test général suivant: d'après les circonstances, la conduite de celui auquel on oppose l'*estoppel* était-elle '*unconscionable*', (contraire à la bonne conscience)?⁵¹ Mais il n'existe pas, en droit anglais, de doctrine générale d'*unconscionability*. Pour construire une doctrine unitaire de l'*estoppel*, une décision de la Chambre des Lords serait donc nécessaire. Celle-ci pourrait désormais s'inspirer de la doctrine anglaise de la '*protection of legitimate expectations*', qui a récemment fait son entrée dans le domaine du droit public, ce dont rend très bien compte le rapport national établi par John Cartwright. Depuis plusieurs années, si une autorité publique a conduit une personne privée à croire qu'elle bénéficierait d'un droit procédural particulier, distinct de ce qu'exige, de manière générale, les principes de '*fairness et de natural justice*', les juges anglais considèrent alors que les '*procedural legitimate expectations*' de cette personne peuvent être protégées; plus récemment encore, cette protection a été étendue aux '*substantive legitimate expectations*'. D'un point de vue moral, cette doctrine présente de nombreuses ressemblances avec celle de l'*estoppel*, même si elle existe par elle-même et pour elle-même.⁵²

⁴⁶ A son tour, cette analyse a fait l'objet de vives critiques. On lui a notamment objecté que l'on ne saurait, sans obscurcir encore plus l'analyse, traiter la *reliance* comme une *consideration* dans les cas où il n'y a pas d'échange et qu'il vaudrait mieux considérer la rupture d'une promesse susceptible d'entraîner une *reliance* comme une forme de négligence donnant lieu à réparation en droit de la responsabilité délictuelle (*tort law*). Sur ce débat, cf. H. G. Beale, W. D. Bishop & M. P. Furmston, *Contract Cases and Materials* 159 (3^{me} éd., 1995).

⁴⁷ Atiyah (1988), *supra* note 45, p. 307. La démonstration se fonde sur l'idée que la *cause of action* est la *representation* elle-même.

⁴⁸ Beale, Bishop & Furmston, *supra* note 46, p. 145.

⁴⁹ Rappr. Halson, *supra* note 27, p. 269.

⁵⁰ Dans l'arrêt *Amalgamated Investment and Property Co. Ltd v. Texas International Bank Ltd*. [1981] 3 W.L.R. 565, [1982] Q.B. 284, Lord Denning dressait le bilan suivant: "la doctrine de l'*estoppel* figure parmi les plus riches et les plus utiles de l'arsenal juridique." Il déplorait en même temps qu'elle ait évolué en divers *estoppels* séparés et qu'on ait tenté de la limiter par une série de maximes: l'*estoppel* n'est qu'une règle de preuve, l'*estoppel* ne peut pas donner naissance à une cause d'action, l'*estoppel* ne peut pas écarter l'exigence de la *consideration* ...

⁵¹ *Taylor Ltd v. Liverpool Victoria Trustees Co Ltd* [1982] QB 133.

⁵² Sur cette doctrine, v. le rapport anglais.

Une autre question de politique juridique est encore également parfois posée: à quelle branche du droit appartient-il de protéger les droits de ceux qui, sur la foi de promesses qui ne sont pas juridiquement obligatoires, agissent à leur détriment? Cette protection doit-elle être conférée par le droit des contrats qui met l'accent sur la promesse et la *detrimental reliance*? Ne devrait-elle pas l'être par une autre branche du droit, '*the law of wrongs*', avec une attention particulière à la conduite '*unconscionable*' du défendeur et à la nature du remède (*reliance interest*)?⁵³

2. La réception de l'*estoppel* par le droit australien

Le droit australien est souvent cité par les auteurs anglais comme exemple de l'évolution que pourrait suivre le droit anglais. Il nous est donc apparu opportun, même en l'absence de rapport national australien, d'y consacrer quelques développements.

Le *promissory estoppel*, reconnu par la *High Court* en 1983,⁵⁴ fut généralisé par cette même juridiction dès 1988, dans l'arrêt *Waltons Stores Ltd v. Maher*.⁵⁵

Par accord verbal '*subject to contract*', la société *Waltons Stores* et les époux *Maher* étaient convenus que ces derniers, propriétaires d'un terrain déjà construit, le donneraient en location à *Waltons Stores*. Les avocats de *Waltons Stores* confirmèrent l'accord verbal de leur client et envoyèrent le projet de contrat de bail en précisant qu'ils communiqueraient par écrit, dès le lendemain, les modifications éventuellement requises par leur client. Les époux entreprirent alors la démolition de leur immeuble pour en reconstruire un, plus adapté aux besoins de la société *Waltons Stores* qui avait entre temps donné ordre aux avocats de faire traîner les choses. Finalement, *Waltons Stores* refusa de conclure le contrat de bail.

Les cinq juges de la *High Court* ont accordé des dommages-intérêts aux époux *Maher*, sur la base de l'*estoppel*, insistant non sur la *representation* de celui auquel on oppose l'*estoppel* (présentation habituelle du droit anglais) mais sur l'*assumption* ou *expectation* des propriétaires. Alors même que dans leur majorité, les juges y virent une forme voisine du *promissory estoppel*, ils n'hésitèrent pas à permettre aux époux *Maher*, demandeurs, de le brandirent, comme une épée, afin d'exiger la réparation du dommage subi du fait de leur *reliance*.⁵⁶

⁵³ Sur ce débat, E. McKendrick, *Contract Law* 125 (6^{me} éd., 2005).

⁵⁴ *Legione v. Hateley* (1983) 152 CLR 406.

⁵⁵ *Waltons Stores Ltd v. Maher* (1988) 164 CLR 387. Des extraits de cette décisions sont reproduits par Pinsolle, *supra* note 10, at 915. Pour une explication historique de cette évolution, peu prévisible quelques années plus tôt, v. Spence, *supra* note 20, at 15. L'auteur relève le désir de s'émanciper du droit anglais des contrats, la redécouverte par deux juges de la *High Court* d'arrêts australiens sur l'*estoppel* et un grand intérêt pour l'*estoppel* dans les années 1980.

⁵⁶ Sur ce caractère offensif de l'*estoppel* en droit australien, cf. Pinsolle, *supra* note 10, p. 915.

Les juges australiens ont ensuite dessiné les contours d'un principe général d'*estoppel* dans l'arrêt *Commonwealth v. Verwayen*.⁵⁷ Pour en cerner les limites, la *reliance* ne suffit pas car il faut aussi apprécier le comportement de celui auquel l'*estoppel* est opposé. Fidèles aux méthodes de la *common law*, les juges australiens ont donc mis au point le test suivant: serait-il ou non *unconscionable* de permettre à l'auteur de la représentation, étant donné la confiance qu'elle a entraîné, de revenir sur celle-ci?⁵⁸

3. Droit américain⁵⁹

Il existe aussi, aux Etats-Unis, une doctrine de l'*estoppel*, définie comme 'un mécanisme qui empêche une personne de faire valoir une action ou un droit qui contredit ce que l'on a dit ou fait précédemment ou ce qui a été légalement établi comme étant vrai',⁶⁰ et toute une variété d'*estoppels* créés par les juges pour éviter des injustices, et qui peuvent jouer dans toutes sortes de domaines. Ainsi par exemple, l'*estoppel* est souvent utilisé pour empêcher une personne d'invoquer à son avantage le délai de prescription, alors même que ce délai est fixé par la loi et en dépit même du principe de suprématie législative. D'après une recherche informatique, il y aurait, depuis 1990, plus de 10,000 décisions qui ont cité la doctrine de l'*estoppel*.

Toutefois, si l'on peut parler, à propos du droit américain, de la 'venerable *doctrine of estoppel*',⁶¹ c'est surtout l'importance de la notion de *reliance* qu'il convient ici de relever. Cette notion a pris une grande ampleur aux Etats-Unis où deux modèles s'opposent: l'échange – *bargain*, et la *reliance*. Comme l'*estoppel* en droit anglais, la *reliance* permet de suppléer à la *consideration* et de rendre une promesse obligatoire même si elle a été consentie sans contrepartie apparente.⁶² Au départ très attachés à la *consideration*, les juges ont cantonné la *reliance* dans le rôle d'une exception tirée de l'équité (*equitable exception*).

⁵⁷ *Commonwealth v. Verwayen*, (1990) 170 CLR 395. L'arrêt pose la question très intéressante des rapports entre la renonciation au droit d'invoquer la prescription et l'*estoppel*. Il soulève également un problème d'ordre plus général, peu abordé par la doctrine anglaise: l'*estoppel* pourrait-il jouer pour priver une personne d'un droit protégé par une loi d'ordre public? De prime abord, la réponse serait négative.

⁵⁸ Cf. les définitions de ce vaste principe d'*estoppel* proposées par les juges australiens: pour l'un de ces juges, il s'agit d'un mécanisme qui permet à une juridiction d'empêcher qu'une personne qui s'est fiée à une autre subisse un préjudice du fait de cette confiance (Mason CJ); pour un autre, c'est un remède destiné à empêcher la conduite *unconscionable* de la partie qui se rétracte après avoir fait une promesse à quelqu'un qui a de ce fait agi à son détriment (Brennan J.).

⁵⁹ L'auteur du rapport national publié dans l'ouvrage, précité au début de ce rapport général, de la Société de législation comparée.

⁶⁰ B. A. Garner (Ed.), *Black's Law Dictionary* (8^{me} ed. 2004).

⁶¹ G. Maggs, rapport national.

⁶² Rapp. Muir Watt, *supra* note 2, p. 57 et 64: la *reliance* "brouille les frontières du contrat et remet en cause les distinctions traditionnelles." Adde l'article fondateur de Fuller & Perdue, *supra* note 12, p. 373, suggérant d'utiliser plus largement la *reliance* comme mesure du dommage. Sur cet article, v. P. S. Atiyah, *L'évolution du droit anglais de l'accord vers la reliance et l'exclusion de la responsabilité pour vices dans la vente de*

L'étude du *Second Restatement* du droit des contrats permet de bien saisir la place de la *reliance* en droit américain des contrats.⁶³ Les sections 82-94 traitent des contrats sans *consideration*, c'est-à-dire de ceux qui dérogent à l'exigence générale d'un *bargain*, telle que posée par la section 17. La note introductive précise que les raisons de les rendre obligatoires sont la *reliance* et l'enrichissement injuste.

Ainsi, la section 90, relative à "la promesse entraînant raisonnablement une action ou une abstention" fonde la force obligatoire de cette promesse sur la confiance qu'elle a suscitée. Mais cette confiance n'est prise en compte que si elle est raisonnable et que c'est le seul moyen d'éviter l'injustice.⁶⁴ On retrouve la figure du '*promissory estoppel*'.⁶⁵ Par exemple, si un employeur promet à sa secrétaire qu'il lui versera une somme supplémentaire si elle prend sa retraite par anticipation,⁶⁶ le nouveau directeur est lié, lors même qu'aucune *consideration* n'a été donnée en échange de la promesse. La Cour d'appel du Missouri a ainsi découvert une *detrimental reliance* dans le fait pour la secrétaire d'avoir pris sa retraite sans chercher un nouvel emploi ni assurer sa situation financière. De nombreux arrêts font encore jouer l'*estoppel* lorsqu'une personne, sur la foi de la promesse de l'autre, a renoncé à faire valoir ses droits en temps voulu et qu'elle se trouve ensuite empêchée de le faire du fait de la prescription. Le *promissory estoppel* constitue un principe général en matière contractuelle ou précontractuelle. D'abord limité aux promesses familiales gratuites, il a été étendu à certaines situations commerciales, telles les négociations précontractuelles – notamment dans les contrats de franchise,⁶⁷ ou les constructions *bidding procedures* (procédures d'appels d'offres dans les projets de constructions immobilières).

Mais c'est surtout à travers l'utilisation de la *reliance*, critère d'évaluation du préjudice, que le droit américain se distingue du droit anglais.

D'après la section 90, le remède peut être limité 'selon les besoins de la justice'. Cette expression laisse un grand pouvoir aux juges qui ne prononcent que très rarement l'exécution

merchandise, in D. Tallon & D. Harris (Ed.), *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises* 57 (1987), p. 60 et s. Sur l'ensemble du débat, cf. Beale, Bishop & Furmston, *supra* note 46, p. 164.

⁶³ Les *Restatements*, élaborés par l'American Law Institute, constituent une codification doctrinale à très forte valeur persuasive.

⁶⁴ S. 90:

Si le promettant doit raisonnablement envisager que sa promesse engendrera ou induira, chez le bénéficiaire de la promesse ou chez un tiers, une action ou une abstention d'agir de caractère clair et substantiel et que de fait, elle entraîne une telle action ou abstention, le promettant se trouve obligé par sa promesse si l'injustice ne peut pas être évitée autrement. Le remède accordé peut être limité dans la mesure où la justice l'exige.

La section 90 (2) relative, aux *charitable subscriptions* et aux *marriage settlements*, ne pose plus l'exigence d'une confiance raisonnable.

⁶⁵ *Hamer v. Sidway* (1891), 124 N.Y. 538, 27 N.E. 256.

⁶⁶ *Feinberg v. Pfeiffer Co.*, 322 S.W. 2d 163 (Mo. App. 1959); cf. dans le même sens, se fondant aussi sur la *detrimental reliance* afin de condamner l'ami de la mère à maintenir sa promesse d'entretenir l'enfant qui n'était pas le sien, même après la rupture de la liaison, *Wright v. Newman* (1996), 467 S.E. 2d 533.

⁶⁷ Pour en comprendre l'utilité, il faut savoir que dans les systèmes de *common law*, un accord 'subject to contract' n'a pas de force obligatoire.

forcée en nature.⁶⁸ La différence avec les autres promesses, celles qui sont échangées sur la base d'une *consideration* se manifesterait sur le montant de la réparation: tandis que la rupture du contrat peut donner lieu à des *expectation interests* visant à compenser le gain manqué, l'*estoppel* ne protège que la *reliance*, ce qui permet de limiter le montant de la réparation, surtout lorsque le bénéficiaire de la promesse n'a pas modifié sa position. Cependant, les *expectations* sont indemnisées si c'est le seul moyen de protéger la *reliance* (elles le sont d'autant plus volontiers qu'il y a mauvaise foi de la part du promettant). On ne peut donc pas départager le *promissory estoppel* et la *consideration* en disant que l'un protège la *reliance* et l'autre l'*expectation*.⁶⁹ Des études américaines ont d'ailleurs révélé que le *promissory estoppel* était de plus en plus utilisé par les juges pour protéger les attentes de profit, et donc les *expectations* nées d'un contrat (ce qui a conduit certains auteurs à spéculer sur la mort du contrat).⁷⁰

Le droit américain permet de saisir l'importance de la *reliance*, non seulement comme principe fondateur de l'*estoppel*, mais aussi comme critère de calcul du montant des dommages intérêts qu'il convient d'accorder.

Si, dans les droits de *common law*, la *reliance* trouve à s'exprimer dans le concept d'*estoppel*, celui-ci est loin d'épuiser les potentialités de la notion de *reliance*.

L'un des grands apports du droit américain est d'avoir montré combien le concept de *reliance*, qui exprime davantage que la simple confiance ou expectativa⁷¹ et renvoie au comportement du créancier ayant agi sur le fondement d'une promesse ou d'un contrat, occupe une place essentielle dans la mise en œuvre de la sanction de l'auteur de la contradiction.⁷²

On pourrait encore mentionner, plus proche de la tradition juridique continentale, le droit louisianais. Au départ, les juges louisianais étaient hostiles à la réception de l'*estoppel* parce que c'était une institution du droit anglais. Le législateur l'a introduit dans l'article 1967 du Code civil, sous le couvert de la *reliance*. Ce texte consacre la notion de cause et

⁶⁸ Dans le *First Restatement*, il était au contraire recommandé de faire respecter la promesse elle-même; un grand débat s'était engagé, lors de la rédaction du *Second Restatement*, pour savoir jusqu'où pouvait aller l'indemnisation (v. les *Reporters notes*, en particulier, les interventions de Willinston).

⁶⁹ Rappr. Atiyah, *supra* note 45, p. 240: l'auteur montre que la prise en compte de la *reliance* peut fonder la protection de l'attente de profit, notamment par le biais du *promissory estoppel*. Adde Muir Watt, *supra* note 2, p. 68.

⁷⁰ Cf. les références in Halson, *supra* note 27, n. 54-56.

⁷¹ Tallon & Harris, *supra* note 2, p. 24; Muir Watt, *supra* note 2, p. 57.

⁷² A cet égard, cf. H. Collins, *The Law on Contract* (1997). Dans le chapitre 5, intitulé *Estoppel and the Reliance Model*, l'auteur regrette que les textes législatifs anglais relèguent ce modèle à l'arrière-plan et s'efforce d'en démontrer l'importance dans la pratique jurisprudentielle où il constitue un deuxième modèle et un test subsidiaire pour rendre les promesses obligatoires (le modèle principal étant celui de l'échange). Il énonce les quatre conditions suivantes pour que la *reliance* puisse produire des effets:

- le fait d'avoir délibérément fait naître la confiance d'autrui, notamment au moyen d'une promesse.
- la preuve que l'autre partie s'est effectivement fiée à cette promesse au point de modifier sa position à son détriment
- la confiance doit être raisonnable
- il serait *unconscionable* de revenir en arrière.

ajoute qu'une partie peut être obligée par une promesse lorsqu'elle savait ou aurait dû savoir que cette promesse inciterait raisonnablement l'autre partie à s'y fier (*to rely on it*), à son détriment. Le montant de la réparation peut être limité aux dépenses encourues du fait de la *reliance*.⁷³

4. Droit canadien

Le rapport canadien expose la richesse de la doctrine de l'estoppel en droit canadien. Il étudie plus spécifiquement trois concepts – *promissory estoppel*, *proprietary estoppel*, *constructive trust* –, développés tous trois aux 18^{ème} siècle voire antérieurement, par les juridictions d'équité pour tempérer la rigueur de la *common law*. Sur ces trois concepts et leur rationalisation, l'influence de Lord Denning dans la deuxième moitié du 20^{ème} siècle a été grande. Dans la mesure où *l'estoppel* n'est pas une doctrine unitaire au Canada, le *promissory estoppel* est examiné dans ses liens avec d'autres formes d'estoppels dénommés '*related estoppels*' (*estoppels by representation* ou *by convention*). Tous sont présentés comme des vrai estoppels ('*true estoppels*'), précisément parce qu'ils ne créent pas un droit d'action mais une défense. Ces *estoppels* du droit canadien ne sont toutefois pas enfermés dans les limites strictes qu'a pu connaître et que connaît encore, dans une certaine mesure, le droit anglais.⁷⁴

Quant au *proprietary estoppel*, propulsé en 1866 par l'arrêt de la Chambre des Lords, *Ramsden v. Dyson*,⁷⁵ il avait été assez étroitement encadré par la référence à l'erreur, reprise en 1880 dans l'arrêt *Willmot v. Barber*.⁷⁶ Cette approche fondée sur l'erreur, parfois appelée "*estoppel by acquiescence*" est largement acceptée;⁷⁷ toutefois, certains sont désormais favorables à une approche plus large, dénommée "*estoppel by encouragement*", qui est apparue à partir des années 60 et s'est développée, là encore sous l'influence de Lord Denning.⁷⁸ Elle est retenue, aujourd'hui, pour le *proprietary estoppel*. Quant aux effets de cet *estoppel*, ils ne sont pas aussi radicaux qu'on pourrait le croire et aucune des décisions canadiennes récentes ne va jusqu'au '*paradigm*' ou '*extreme case*' consistant à transférer la

⁷³ S. Herman, *Detrimental Reliance in Louisiana Law – Past, Present, and Future(?)*: the Code Drafter's Perspective, 58 Tulane Law Review 707, at 719 (1984). L'auteur montre que l'*estoppel* pourrait en réalité avoir été importé du droit romain. Adde D. Gruning, *Rapport Lousianais*, in La bonne foi, Travaux de l'Association Henri Capitant (1992) t. XLIII, at 155.

⁷⁴ Sur son régime et notamment sur la question de la *detrimental reliance* et de l'épée ou du bouclier, v. le rapport canadien.

⁷⁵ (1866) L.R. 1 H.L. 129.

⁷⁶ (1880), 15 Ch.D. 96 at 105-6.

⁷⁷ E.g. *Conveyancing and Law of Property Act*, R.S.O. 1990, c. C.34, s. 37; *The Queen v. Smith* (1980) 113 D.L.R. (3^d) 522 (Fed. C.A.).

⁷⁸ E.g. *Inwards v. Baker* [1965] 2 Q.B. 29 (C.A.).

pleine propriété du bien,⁷⁹ ce qui s'explique en raison du fait que pour parvenir à de telles situations extrêmes, les juges auraient plutôt recours à une autre notion, celle de *remedial constructive trust* qui n'est pas sans liens avec *l'estoppel*.

Le rapport examine ensuite attentivement les liens entre ces deux formes *d'estoppels* et le *constructive trust*, qui s'est développé en Équité, dès le 15^{ème} siècle, comme complément institutionnel du *trust* exprès.⁸⁰

Si le concept *d'unconscionability* constitue le principe susceptible de rassembler les deux variétés *d'estoppels* susmentionnées, celui, très proche voire similaire de '*good conscience*' justifie le *constructive trust*, qu'il s'agisse de sa forme classique (*institutional constructive trust*) ou de sa forme plus spécifique, le '*remedial constructive trust*', qui jouera dans des situations d'enrichissement injuste. Cette forme de *trust*, à laquelle le rapport consacre d'amples développements, a été acceptée pour la première fois en 1980, dans l'arrêt *Pettkus v. Becker*.⁸¹ Elle s'est développée depuis dans maintes branches du droit. Son application est laissée à la discrétion des juges qui y ont recours lorsqu'ils estiment que cela donne une forme appropriée de remède.

Avant d'aborder l'étude de ces systèmes juridiques civilistes qui, même s'ils ne possèdent pas toujours une doctrine de *l'estoppel*, parviennent à des résultats semblables, soit par le truchement de doctrines voisines, soit par le recours à des principes généraux, on examinera l'état de la question dans les systèmes juridiques mixtes.

2.2. L'existence d'une doctrine proche de *l'estoppel* dans les systèmes juridiques mixtes

Il existe, dans de très nombreux de pays, des doctrines spécifiques qui permettent de sanctionner le comportement contradictoire de celui qui, de ce fait, trompe la confiance de l'autre. Celles-ci se trouvent, assez naturellement, dans les systèmes juridiques mixtes. Bien plus, elles se rapprochent alors fortement de *l'estoppel*. On abordera ici deux doctrines, présentées par le rapport écossais et par celui d'Afrique du Sud.

2.2.1. L'Afrique du Sud

Si la doctrine de *l'estoppel* par représentation fut importée en Afrique du Sud, elle y a revêtu le manteau d'adages et concepts civilistes:⁸² ainsi, l'adage *nemo contra suum factum venire debet*, le concept d'*exceptio doli generalis* ont permis de fonder, en droit, le développement

⁷⁹ V. le rapport canadien, at 9.

⁸⁰ *Id.*, at 10.

⁸¹ [1980] 2 S.C.R. 834. Precursors included *Murdoch v. Murdoch* [1975] 1 S.C.R. 523 and *Rathwell v. Rathwell* [1978] 2 S.C.R. 436, in which only a minority of judges supported the remedial constructive trust.

⁸² R. Zimmermann, *Good faith and equity*, in R. Zimmermann & D Visser (Eds.), *Southern Cross* 221 at 226 (1996). See also on this point J. W. Blackie, *Good Faith and the Doctrine of Personal Bar* 133-134 (1999).

de cette doctrine. D'abord limitée à l'*estoppel* par représentation, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (il faut, en effet, que l'autre partie ait agi à son détriment pour que l'*estoppel* soit sanctionné en Afrique du Sud) s'est développée, sans pour autant que les autres variétés d'*estoppel* du droit anglais aient été reçues en Afrique du Sud. Cette doctrine d'application générale, qui joue principalement dans les domaines du droit privé, particulièrement en droit commercial, est rapidement devenue un concept général. Il existe toutefois une variété spécifique d'*estoppel*, le '*vindication estoppel*', en vertu duquel un propriétaire peut être empêché de reprendre son bien entre les mains de quelqu'un qui l'a acquis d'un tiers que le propriétaire véritable avait traité comme le propriétaire.⁸³

Depuis que la doctrine romaine de l'*exceptio doli* s'est éteinte en Afrique du Sud, en tant qu'institution distincte, le fondement juridique de l'*estoppel* par représentation, en tant que doctrine de droit substantiel, n'est plus aussi certain qu'auparavant. Une chose est sûre toutefois: il n'y a pas, en Afrique du Sud, d'équivalent au §242 BGB. La bonne foi ne joue donc que dans la mesure où elle s'incarne dans des règles et doctrines spécifiques et l'*estoppel* constitue l'une de ces doctrines, même s'il n'existe pas, dans ce droit, de doctrine générale de '*contractual unconscionability*'. Plusieurs décisions récentes de la *Supreme Court of Appeal* ont jugé que la bonne foi et les autres 'idées abstraites' telles que le raisonnable, la '*fairness and justice*' n'étaient pas des concepts juridiques ou encore moins des 'règles' mais des principes fondamentaux qui sous-tendent le droit substantiel.

Quant aux effets de l'*estoppel*, ils sont en général les suivants: l'*estoppel* impose une responsabilité dans des situations où les principes fondateurs du droit du contrat, en particulier le principe d'autonomie de la volonté s'y opposeraient. Comme le relève le rapport national,

South African law accordingly, has no equivalent to par 242 of the German BGB: it knows no general norm expressly requiring (or permitting) judges to evaluate the operation and performance of contracts and the continued existence of obligations created by them directly against the requirements of good faith.⁸⁴ Good faith is relevant only to the extent that its precepts are mediated by the rules and institutions of contract doctrine in which it is discounted and balanced out with other principles and policy concerns relevant to the overall aims of contract law. The implications of this approach remains to be worked out, but in *Brisley v Drotsky*⁸⁵ *estoppel* is recognised as one of a number of doctrinal mechanisms that serve to ensure the realization of good faith in private relations. Although South African law knows no general doctrine of contractual unconscionability, *estoppel* counters unconscionable behaviour by preventing harm that would result from the disappointment of expectations reasonably engendered by the conduct of another.

⁸³ V. Dans le même ordre d'idées, le '*discounting estoppel*', évoqué par le rapport national, p. 2.

⁸⁴ Par. 22 at 15E, referring to D. B. Hutchison, *Non-variation clauses in contract: Any escape from the Shifren straitjacket?*, 118 SALJ 720 (2001).

⁸⁵ 2002 4 SA 1 (SCA).

2.2.2. L'Écosse

En Écosse, la '*doctrine of personal bar*' joue un rôle équivalent au concept d'attentes légitimes ou d'*estoppel*. L'auteur du rapport national relève néanmoins qu'en raison d'une doctrine peu abondante sur le sujet, la notion ne s'est pas développée autant qu'elle l'aurait pu:

The entry for "Personal bar" in the standard encyclopaedia of Scots law is brief,⁸⁶ and J Rankine's *The Law of Personal Bar in Scotland*, published in 1921, is currently the only monograph dedicated to the subject, although another volume will appear during 2006.⁸⁷ Likewise the case-law has typically contained little discussion beyond bland statements of the doctrine⁸⁸

L'expression '*personal bar*' qui trouve son origine, au milieu du XIX^{ème} siècle, recouvre plusieurs éléments qui apparaissaient dans la jurisprudence antérieure: '*Homologation*', '*acquiescence*', '*(implied) waive*', '*mora, taciturnity and acquiescence*'. Sur un autre plan, le jugement de Lord Chancellor Campbell, prononcé dans un arrêt de la *House of Lords* (*Cairncross v. Lorimer*), en 1860, mérite d'être cité en raison de la référence qu'il contient aux principes des nations civilisées:⁸⁹

[T]he doctrine [applies] which is to be found, I believe, in the laws of all civilized nations, that if a man, either by words or by conduct, has intimated that he consents to an act which has been done, and that he will offer no opposition to it, although it could not have been lawfully done without his consent, and he thereby induces others to do that from which they otherwise might have abstained, – he cannot question the legality of the act he had so sanctioned, – to the prejudice of those who have so given faith to his words or to the fair inference to be drawn from his conduct.

Contrairement au cas de l'Afrique du Sud, on ne peut pas parler de réception du concept anglais de l'*estoppel*. En Écosse, l'étiquette '*estoppel*' fut apposée par la doctrine, comme un moyen d'introduire la *personal bar*, avec son mode de fonctionnement propre. En outre, dans la mesure où la *consideration* n'est pas un élément essentiel du droit des contrats écossais et que des engagements unilatéraux sont reconnus, cette doctrine n'a pas eu à jouer comme substitut pour la *consideration*. Les métaphores du bouclier et de l'épée y jouent un rôle beaucoup moins important, même si le débat a sa place.⁹⁰

L'*inconsistency* et l'*unfairness* constituent les concepts clés de la "*doctrine of personal bar*". L'auteur explique que des parallèles peuvent être faits avec l'*estoppel*, mais que ces analogies possèdent leurs limites dans la mesure où, comme on l'a vu, le développement de l'*estoppel* en Angleterre est en grande part dû à l'exigence d'une *consideration* et qu'en outre, de la même manière que pour les *torts*, le droit anglais a multiplié les cas spécifiques d'*estoppels*, avec leurs règles propres. Si le *personal bar* du droit écossais recouvre un grand

⁸⁶ Forty-two paragraphs in *The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia*, (henceforth SME) vol. 16, (1994) paras. 1601-1642. Compare the 141 paragraphs given to *Estoppel* in vol. 16 of *Halsbury's Laws of England*, 4th ed. (reissue) (1992).

⁸⁷ E. Reid & J W G Blackie, *The Law of Personal Bar* (forthcoming, 2006).

⁸⁸ *Cairncross v. Lorimer* (1860) 3 Macq 827; *v. Maclaine* 1921 SC (HL) 1; *William Grant v. Glen Catrine Bonded Warehouse* 2001 SC 901.

⁸⁹ (1860) 3 Macq 827 per Lord Campbell LC at 829.

⁹⁰ V. le rapport écossais.

nombre de ces *estoppels* – *estoppel by record*, *estoppel by deed*, *estoppel in pais*, *promissory estoppel*, *proprietary estoppel*, ainsi que divers cas de ‘*waiver*’, en revanche, des concepts généraux tels que l’*unconscionability* n’y ont pas leur place. En résumé, “*The principles by which the law of personal bar are governed form a discrete framework which is not directly matched in any of the English or Common Law systems.*”

L’auteur du rapport national relève encore que la doctrine de la “*personal bar* se rapproche de la théorie de l’abus de droit, à ceci près que l’*inconsistency* y constitue un élément essentiel, ce qui n’est pas le cas avec l’abus de droit.”⁹¹

La doctrine de la “*personal bar*”, qui fait figure, en droit écossais, de véritable concept général, peut jouer dans toutes les branches du droit, y compris dans les domaines du droit public.⁹² Par ailleurs, la Convention européenne des droits de l’homme a pu exercer un impact sur le droit écossais, notamment en ce qui concerne une notion voisine, celle de ‘*waiver*’.⁹³

Après l’étude des systèmes juridiques qui connaissent l’*estoppel* ou possèdent une doctrine qui apparaît très proche de celle-là, il convient d’aborder l’analyse, plus périlleuse car moins encadrée, des systèmes civilistes qui, même s’ils possèdent telle ou telle doctrine spécifique, se caractérisent d’abord par le rôle fondateur qu’ils confèrent aux principes généraux.

2.3. La protection de la confiance légitime dans les pays de tradition civiliste

Si l’on en vient maintenant aux pays de tradition civiliste, on constate que, dans de nombreux pays, les juges se réfèrent, pour sanctionner la confiance trompée, à des principes généraux, au premier rang desquels l’abus, la bonne foi et l’apparence. Ainsi, tandis que l’*estoppel* prend comme point de départ le critère de ‘*detrimental reliance*’ et donc la situation de celui dont la confiance légitime a été trompée, les droits de tradition civiliste, qui se fondent sur la bonne foi, s’attachent d’abord au comportement répréhensible de la partie qui se contredit.

Toutefois, cela n’empêche pas la plupart de ces pays de posséder aussi une doctrine propre, directement rattachée à l’un de ces principes. C’est le cas, notamment, de la Belgique, qui se fonde sur l’apparence, ou de l’Allemagne, qui rattache le *venire contra factum proprium* à la bonne foi (2.3.1.). Dans d’autres pays, telles la France ou la Suisse, la protection de la confiance légitime se fait directement sur le fondement de la bonne foi ou de l’abus (2.3.2.). Enfin, dans certains pays, elle peut encore se faire par le recours à un type spécifique de responsabilité fondé sur la confiance (2.3.3.).

⁹¹ De plus,

It should be noted also that Scots law retains a separate rule on abuse of rights in the doctrine of *aemulatio vicini*, although in modern times this has only been applied in the field of neighbour law;

See *More v. Boyle* 1967 SLT (Sh Ct) 38; E. Reid, *Strange Gods in the Twenty-first Century: the Doctrine of Aemulatio Vicini*, in E. Reid & D. Carey Miller (Eds.), *A Mixed Legal System in Transition: T B Smith and the Progress of Scots Law* 239 (2005).

⁹² V. les développements du rapport.

⁹³ V. l’arrêt *Clancy v. Caird* (2000 SC 441), rapport écossais, at 7

2.3.1. Une doctrine spécifique fondée sur un principe général

Parmi ces doctrines spécifiques, on en étudiera deux séries: la *Rechtsverwerking* ou *Verwirkung* d'une part; la doctrine des actes propres du droit argentin d'autre part.

2.3.1.1. *Rechtsverwerking* ou *Verwirkung*

L'exemple des droits allemand, belge, néerlandais permet de mettre en lumière ce va et vient constant qu'opère la jurisprudence entre principes généraux et une doctrine spécifique, celle de la *rechtsverwerking* ou de la *Verwirkung*, visant à protéger la confiance trompée.

1. Le droit allemand

En droit allemand, la protection des attentes légitimes exerce une importance considérable. Celle-ci se manifeste de diverses manières et non pas par une doctrine spécifique. De nombreux textes du Code civil allemand traitent, explicitement ou implicitement, de la protection de la confiance et la jurisprudence sur ce point est abondante. Le rapport national, très complet, insiste sur ce rôle prédominant de la protection des attentes légitimes en droit allemand, non seulement en droit des contrats mais aussi dans d'autres branches du droit. Si l'on s'en tient au droit des contrats, on est frappé par le nombre de solutions qui se justifient, en droit allemand, de manière directe ou indirecte, par la notion d'attente légitime. Ainsi le rapport examine successivement le rôle de cette notion dans maints domaines, dont les suivants: règles d'interprétation (domaine où le rôle de ce principe n'est pas souvent reconnu en tant que tel),⁹⁴ offre et acceptation, mandat, droit commercial (où son rôle est particulièrement marqué), relations précontractuelles, renonciations apparentes etc.

Si l'on s'en tient aux grands traits de ce rapport, on observera, en tout premier lieu, la part essentielle de la notion de *reliance* dans la mise en œuvre de la responsabilité (*Haftung*/notion plus large que *liability*) et son rôle déterminant en tant que mode d'évaluation des dommages (*expectation interest/reliance interest*). On reviendra sur ce point dans la deuxième partie du rapport.

En ce qui concerne les concepts eux-mêmes, il importe de préciser, en premier lieu, que la notion d'attente légitime s'adosse sur la clause générale de bonne foi du §242 BGB.

⁹⁴ Rappr. le rapport français qui préconise de recourir à la confiance légitime en ce domaine, ceci afin de renforcer le contenu du contrat par voie d'interprétation. L'auteur relève par ailleurs que

notre droit positif connaît d'ailleurs, d'ores et déjà, des applications de cette idée. Ainsi, la jurisprudence n'hésite plus, pour déterminer le contenu obligationnel du contrat, à prendre en considération et à accorder valeur contractuelle aux documents publicitaires qu'un contractant a, pour l'appâter, présenté à son partenaire lors de la négociation du contrat

(RIDC 206, vo. 2, p. 363, sp. p. 381 s.)

Cela lui donne un caractère à la fois général et flexible. Toutefois, le droit allemand connaît certaines doctrines propres, qui, quoique fondées sur la bonne foi, existent par elles-mêmes et apparaissent plus caractéristiques.

Parmi ces doctrines se trouve, au premier plan, le concept de *venire contra factum proprium*, que le rapport définit comme un concept ancré dans la bonne foi. Il existe de multiples controverses quant à la raison qui sous-tend le *venire contra factum proprium*, le plus souvent expliqué par référence à la bonne foi, ce qui n'apporte rien. La distinction avec la clause générale de bonne foi n'est donc pas aisée, et le rapport y voit, comme s'il s'agissait de la cette dernière, une '*blanket clause*' (clause générale). De nos jours, l'explication généralement avancée pour justifier la mise en œuvre du *venire contra factum proprium* se réfère directement à la protection des attentes légitimes.⁹⁵ Pour appliquer ce concept, il faut, d'une part, une conduite qui a provoqué la confiance de l'autre et, d'autre part, une conduite ultérieure qui entre en conflit avec la précédente et qui serait susceptible de réduire à néant les arrangements que la personne qui a donné sa confiance pourrait avoir raisonnablement faits. La doctrine pourra encore jouer réciproquement, c'est-à-dire si, par sa conduite, une personne empêche l'autre de faire certains actes et qu'elle en tire ensuite profit. Le rapport allemand fournit des illustrations jurisprudentielles.

Une hypothèse voisine est celle du créancier qui a régulièrement consenti certains avantages au débiteur (*constant previous grant of benefits*); dans de telles circonstances, la confiance légitime pourrait-elle permettre d'obliger le créancier à continuer de consentir ces avantages (par exemple, lorsque l'employeur donne des avantages, non juridiquement dus, aux salariés)? Une autre théorie, celle du consentement tacite (*tacit agreement*) est généralement utilisée par la Cour Suprême fédérale en droit du travail.

De son côté, le concept de *Verwirkung* (que le rapport traduit en anglais par '*laches*') est admis, en tant que sous-espèce du *venire contra factum proprium*. Ce concept joue comme la doctrine des *laches* dans les cas où le titulaire d'un droit qui n'a pas fait valoir son droit pendant un certain temps, à tel point que le débiteur peut légitimement en conclure qu'il n'exercera pas ce droit, se réveille subitement ... Deux facteurs sont alors pris en compte: le temps (*Zeitmoment*) et la confiance (*Umstandsmoment*). Ce concept de *Verwirkung*, qui s'est avéré fort utile dans les hypothèses où jouait un long délai de prescription de droit commun (30 ans), le sera moins à l'avenir puisque ce délai de droit commun est de trois ans depuis la réforme de 2002.

Une autre sous-espèce du *venire contra factum proprium* est le *protestatio facto contraria*, figure qui consiste à empêcher une personne de plaider des faits qu'elle a créés de manière contradictoire et de ce fait d'une façon abusive. Un exemple célèbre est celui du *Hamburger*

⁹⁵ V. sur ce point le rapport allemand, p. 15.

Parkplatz, case où le conducteur a été empêché de soutenir qu'il n'avait pas l'intention de contracter: cette affirmation, lors même que le conducteur était sciemment entré dans le parking, a été jugée contradictoire avec ses actes.⁹⁶

2. Le droit belge

En droit belge, il n'existe pas de théorie semblable à la doctrine de l'*estoppel*. Un auteur avait pourtant proposé d'introduire un principe général de droit *du respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*,⁹⁷ distinct de la théorie de l'apparence ou de la confiance légitime, et dont la portée aurait été si large qu'il aurait pu absorber la théorie de l'apparence, appréhendée comme l'une des multiples applications de son principe, au même titre du reste que le principe de bonne foi et la responsabilité civile. Le critère déterminant du principe suggéré par cet auteur est celui 'd'attentes légitimes' ou 'd'anticipation légitimes', et non celui de la situation apparente ou de l'erreur légitime. C'est en cela que la théorie se rapproche de la figure de l'*estoppel*, comprise dans son sens le plus large.

La Cour de cassation belge a rejeté cette construction doctrinale. Toutefois, dans la perspective d'un rapprochement avec l'*estoppel*, il convient de signaler l'existence d'une notion, immédiatement rattachée au principe de bonne foi en droit belge. Il s'agit de la *rechtsverwerking*, qui se comprend comme une sorte "(d'auto-)déchéance"⁹⁸ et peut se définir de la manière suivante:

un titulaire d'un droit se voit refuser, en vertu de la bonne foi et en dehors des règles légales de prescription extinctive, l'exercice visé d'un droit parce qu'il a, par son comportement passé, créé chez la partie adverse la confiance légitime que ce droit ne serait pas exercé de la manière visée actuellement par ce titulaire de droit. Le titulaire du droit n'a donc pas l'intention de renoncer à son droit (de manière ni explicite, ni implicite), mais la bonne foi le privera de l'exercice de ce droit parce qu'il a adopté un comportement inconciliable avec cet exercice. Souvent, mais pas toujours, c'est la passivité du créancier dans l'exercice de ses droits qui est sanctionnée par cette notion juridique.⁹⁹

Cette doctrine présente des traits communs avec la théorie de la confiance légitime ou de l'apparence, tant en ce qui concerne ses conditions d'application que sa sanction: le titulaire du droit sera privé de l'exercice de son droit d'une manière inconciliable avec l'apparence créée. Toutefois, par un arrêt du 17 mai 1990, la Cour de cassation a refusé de conférer le statut de principe général de droit 'formel' à cette notion.¹⁰⁰ Encore faut-il se garder d'en tirer de trop grandes conséquences car, comme le relève le rapport national,¹⁰¹ d'une part, "Ceci signifie uniquement que la violation du concept juridique de *rechtsverwerking* ne peut être

⁹⁶ Sur cet arrêt, v. le rapport allemand, at 8 & 14.

⁹⁷ Rapport belge, §10.

⁹⁸ M. Fontaine, *Portée et limites du principe de la convention-loi*, in Jeune barreau (Ed.), Les obligations contractuelles (1984), (164), n° 43, note 88.

⁹⁹ Rapport belge, §13.

¹⁰⁰ Rapport belge, §15.

¹⁰¹ N. 48.

invoquée directement dans un moyen en cassation”, et, d’autre part, la *rechtsverwerking* “a cependant survécu à cette condamnation, en tant que simple application de la théorie de l’abus de droit.”

En somme, la bonne foi permet parfaitement, en droit belge, de protéger la confiance trompée même s’il existe en parallèle le concept spécifique de *rechtsverwerking*. Quant à la distinction entre la bonne foi et l’abus, elle n’est pas évidente. La Cour de cassation a même établi une ‘équation totale’ entre les deux concepts, dans un arrêt rendu le 17 mai 1990:¹⁰² en effet, cet arrêt soumet le pouvoir modérateur du juge en vertu du principe de bonne foi aux critères d’application et aux sanctions propres à l’abus de droit. La jurisprudence a été confirmée depuis.

Par ailleurs, et c’est là une autre spécificité du droit belge, si la confiance légitime peut être protégée par la bonne foi ou l’abus en droit belge, ou, de manière plus spécifique encore, par une doctrine propre qui est celle de la *rechtsverwerking*, la théorie de l’apparence pourra également être sollicitée.

La théorie de l’apparence, parfois nommée “théorie de la confiance légitime” permet à une personne dont la croyance légitime mérite protection, de prendre l’apparence pour la réalité. Ses traits caractéristiques sont les suivants: situation (de fait ou juridique) apparente qui ne correspond pas à la réalité, croyance légitime ou confiance d’un tiers de bonne foi qui agit comme si l’apparence correspond à la réalité, effets identiques ou similaires aux effets engendrés si la situation apparente eût été réelle.

Cependant, si la théorie de l’apparence, détachée de la faute (ce qui est sa caractéristique majeure), a été très clairement consacrée à propos du mandat, dans les autres domaines du droit, et particulièrement en matière contractuelle, elle ne paraît pas (encore) avoir été érigée en nouveau principe général du droit. La Cour de cassation, qui avait déjà refusé, dans un arrêt du 26 mars 1980, de conférer le statut de principe général de droit à la théorie de l’apparence¹⁰³ a rendu une décision, le 20 juin 1988, dont le champ d’application semble se limiter au mandat. D’après Verougstraete, l’arrêt ne reconnaît une force créatrice de droits et d’obligations qu’à la confiance légitime *des tiers*. Et l’auteur de préciser qu’entre cocontractants, on ne saurait protéger la confiance légitime, sous peine de contrevenir à la règle de l’autonomie de la volonté. Toutefois, une doctrine majoritaire semble désormais favorable à l’application de la théorie de la confiance légitime entre parties, notamment dans la formation des contrats. Mais on peut alors se demander comment la reconnaissance d’un tel principe général pourrait se concilier avec la condamnation par la Cour de cassation de la *rechtsverwerking* en tant que principe général de droit. C’est pourquoi, en l’état actuel du

¹⁰² Rapport belge, §15

¹⁰³ Cass. 26 mars 1980, *Pas.* 1980, 915 et *Arr. Cass.* 1979-80, 928. En ce sens: R. Kruithof, *o.c.*, R.C.J.B. 1991, n° 11.

droit belge, il semblerait que la Cour de cassation oblige à distinguer, de manière contestable, selon que la confiance légitime est source d'obligations à l'égard des tiers ou à l'égard des cocontractants. Cette distinction artificielle fait l'objet de vives critiques.¹⁰⁴ Cela apparaît d'autant moins logique que, pour le mandat, mais pour le mandat seulement, l'apparence peut venir remplacer l'accord des volontés des parties dans la formation du contrat entre le pseudo-mandant et le tiers.

En définitive, les auteurs de ce rapport très complet suggèrent, de *lege ferenda*, d'accepter de reconnaître la confiance légitime comme source autonome de droits et d'obligations, tout en posant un certain nombre de conditions pour cela, et, d'autre part, de la reconnaître comme critère spécifique de la théorie de l'abus de droit.

3. Le droit néerlandais

En droit néerlandais,¹⁰⁵ le concept de '*legitimate expectations*' ou '*promissory estoppel*' ou, en néerlandais, '*rechtsverwerking*' est appréhendé comme une application d'une règle plus générale du droit des obligations qui permet de restreindre les effets des règles obligatoires pour le créancier et le débiteur. C'est la fonction 'restrictive'/'limitative' ('*beperkende werking*') de la bonne foi, telle que consacré par l'art. 6:2 (2) du Code civil néerlandais (*Burgerlijk Wetboek*).¹⁰⁶

En vertu de la *Rechtsverwerking*, une partie qui avait un droit le perdra en cas de comportement incohérent (*its inconsistent behaviour*) à l'égard de l'autre partie. C'est une application du '*venire contra proprium factum*'.¹⁰⁷

Deux types de *rechtsverwerking* peuvent être distingués, selon les effets qu'a produit ce comportement incohérent sur la position de l'autre partie.¹⁰⁸

- Soit celle-ci s'attend, de manière légitime, à ce que l'autre n'exerce plus son droit, et en ce cas, le préjudice n'est pas nécessaire.¹⁰⁹
- Soit sa position serait déraisonnablement affectée ("*unreasonably prejudiced*") si l'autre partie exerçait son droit et il faut rapporter la preuve d'un préjudice.¹¹⁰

La *rechtsverwerking*, très importante en matière contractuelle, joue également en matière d'obligations au sens large puisqu'elle s'adosse sur la règle générale posée par l'article 6:2

¹⁰⁴ A. De Boeck, *o.c.*, 2000, n°s 331-332; E. Dirix & A. Van Oevelen, *Kroniek*, R.W. 1992-93, n° 1; R. Kruithof, *o.c.*, R.C.J.B. 1991, n°s 26-27; S. Stijns, P. Wéry & D. Van Gerven, *Chronique*, J.T. 1996, n° 11 b); M. E. Storme, *o.c.*, R.G.D.C. 1993, 336.

¹⁰⁵ L'auteur de ce rapport général tient à remercier le Professeur G. de Vries pour les informations transmises sur le droit néerlandais.

¹⁰⁶ A rule binding upon the creditor and debtor by virtue of law, usage or a juridical act does not apply to the extent that, in the given circumstances, this would be unacceptable according to the criteria of good faith.

¹⁰⁷ Cf. the decision of the Hoge Raad of 7 June 1991, *Nederlandse Jurisprudentie* 1991, 708.

¹⁰⁸ Cf. the decision of the Hoge Raad of 29 September 1995, *Nederlandse Jurisprudentie* 1996, 89.

¹⁰⁹ Cf. the decision of the Hoge Raad of 29 December 1995, *Nederlandse Jurisprudentie* 1996, 302.

¹¹⁰ Cf. for further information on the subject W. L. Valk, *Rechtsverwerking in drievoud* (thesis Leiden, 1993).

(2) BW, insérée dans le Titre 1 du livre 6 du *Burgerlijk Wetboek* relatif ‘General provisions’. La *rechtsverwerking* joue, notamment, en matière de paiement indu (Art. 6:203-211 BW)¹¹¹ ou bien encore en cas de négociations précontractuelles: si les parties sont libres de négocier, elles ne peuvent le faire ou rompre les négociations dans des circonstances qui seraient inacceptables eu égard à la bonne foi.¹¹² L’article 6:2 (2) BW n’a vocation à s’appliquer que de manière restrictive,¹¹³ et, de ce fait, les mêmes limites s’appliquent à la *rechtsverwerking* qui est tout de même plus facilement acceptée que le concept d’*abus de droit* (Art. 3:13 BW).¹¹⁴

2.3.1.2. La doctrine des actes propres du droit argentin

Comme l’explique le rapporteur national, “la doctrine des propres actes” signifie que “personne ne peut se mettre en contradiction avec ses propres actes en exerçant une conduite incompatible avec une autre antérieure délibérément, juridiquement significative et pleinement efficace.” D’origine récente (les premières décisions datent de 1976), cette doctrine est fondée sur le principe général de bonne foi. Elle permet de protéger la confiance suscitée chez un tiers pour une conduite antérieure délibérément, efficacement et juridiquement significative.

Cette doctrine constitue une règle de droit dérivée du principe général de la bonne foi qui joue un rôle important en droit argentin: l’art. 1198 C. civ. arg. établit que les contrats doivent être conclus, interprétés et exécutés de bonne foi.¹¹⁵

Toutefois, comme le relève l’auteur du rapport, la doctrine des actes propres, appréhendée comme une évolution née de la maxime latine

venire contra proprium factum citée, possède la nature de règle de droit et non de principe général. La règle qui sanctionne l’impossibilité de se retourner contre les propres actes trouve désormais son fondement normatif dans les articles 1071 et 1198 du Code Civil (selon la rédaction qu’ils ont reçue à partir de la réforme de l’année 1968).¹¹⁶

Le régime de cette doctrine ressemble fort à celui de l’*estoppel*: la partie qui essaye de faire valoir judiciairement cette théorie devra prouver l’existence d’une conduite déterminée d’un sujet qui a produit une confiance raisonnable ou une espérance de comportement futur. Elle devra encore rapporter la preuve que, sur la base de cette espérance, elle a agi d’une manière telle que cela lui causerait un préjudice si sa confiance était trompée.

En pratique, la doctrine des actes propres intervient comme une fin de non-recevoir (*a shield*), comme ‘une barrière opposée à la prétention judiciaire, empêchant ainsi d’agir de façon incohérente ce qui blesse

¹¹¹ Cf. the decision of the Hoge Raad of 5 November 1982, *Nederlandse Jurisprudentie* 1984, 125.

¹¹² Cf. the decision of the Hoge Raad of 12 August 2005, *Rechtspraak van de Week* 2005, 93. See also its decision of 18 June 1982, *Nederlandse Jurisprudentie* 1983, 723.

¹¹³ Cf. *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek Boek 6* (1981) at 68 and the judicial decisions of the Hoge Raad of 9 January 1998, *Nederlandse Jurisprudentie* 1998, 363 and 25 February 2000, *Nederlandse Jurisprudentie* 2000, 471.

¹¹⁴ Art. 3:13 (1) BW says: “The holder of a right may not exercise it to the extent that it is abused.”

¹¹⁵ On distingue, en droit argentin, la bonne foi subjective (croyance) de la bonne foi objective qui consiste précisément dans la confiance qu’une déclaration suscite et qui permet de sanctionner la conduite contradictoire interprétée objectivement.

¹¹⁶ A. Borda, *La teoría de los actos propios* 57 (1987).

la confiance suscitée dans l'autre partie de la relation, puisqu'il n'est pas possible de permettre que soient assumées des règles qui suscitent de légitimes espérances et que soit formulée ensuite une demande judiciaire qui contredise la dite façon d'agir'.¹¹⁷

Elle n'est par ailleurs que d'application résiduelle, et ne s'applique qu'à défaut de loi qui établirait une solution spécifique pour la conduite contradictoire. Il est encore une autre limite à son domaine d'application: la Cour Suprême de Justice argentine a jugé que la doctrine des actes propres supposait que "les actes qui s'opposent au demandant aient été volontaires, libres et n'aient pas été induits par aucune des causes qui corrompent la volonté, c'est-à-dire, erreur, dol, contrainte physique ou psychique, état de nécessité, etc."¹¹⁸

2.3.2. Les principes généraux, source directe de la protection de la confiance légitime

La bonne foi et l'abus constituent les deux principes généraux majeurs à partir desquels s'est développée, dans les pays de tradition civiliste, la protection de la confiance légitime.

La bonne foi est sans doute le principe le plus fécond, soit que, comme en droits suisse et français, les juges s'en inspirent directement pour parvenir à leurs fins, soit encore que, comme en droit japonais, ils élaborent, à partir de ce principe, des doctrines plus spécifiques.

1. Le droit suisse

De manière saisissante, le rapport national suisse présente d'emblée la question dans les termes suivants: "S'interroger sur la portée du concept de confiance légitime en droit suisse des contrats, revient [...] à examiner le rôle qu'y joue l'art. 3 CC."

Une telle assertion peut surprendre dans la mesure où l'art. 3 du Code civil suisse est relatif à la bonne foi: "(Al. 1) *La bonne foi est présumée lorsque la loi en fait dépendre la naissance ou les effets d'un droit. (Al. 2) Nul ne peut invoquer sa bonne foi si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettent d'exiger de lui.*" Néanmoins, comme l'explique le rapport, "Si on retient que la bonne foi de l'art. 3 CC est une confiance infondée dans une certaine situation juridique, il faut reconnaître que, contrairement à ce que soutiennent certains auteurs,¹¹⁹ le principe de la confiance renvoie implicitement à cette disposition, puisqu'il s'applique lorsqu'une personne croit à tort avoir reçu une certaine manifestation de volonté d'une autre personne, parce qu'elle donne à sa déclaration ou à son comportement un sens différent de celui que celle-ci voulait réellement lui conférer. En outre, il ne protège

¹¹⁷ R. H. Compagnucci de Cas, *La doctrina de los propios actos y la declaración tácita de la voluntad*, 1985-A LL, p. 1001.

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18/3/05, 'Zarrillo, Osvaldo Pablo c/ Instituto Nacional de Servicios para Jubilados y Pensionados y Otros'.

¹¹⁹ Cf. not. Koller, n° 42 ss; Z. K. Jäggi, n° 207 ad art. 1 CO.

cette confiance que si elle est objectivement légitime, comme le prescrit l'art. 3 al. 2 CC."¹²⁰ Toute la question est alors de savoir jusqu'à quel point la bonne foi s'identifie à la confiance infondée dans une certaine situation juridique. Cela suppose une analyse approfondie du concept de bonne foi en droit suisse, analyse à laquelle se livre l'auteur du rapport.

Il est impossible de reprendre ici, dans toute sa richesse, le rapport national suisse qui dresse une grande fresque de la bonne foi en droit suisse. Quelques traits saillants seront relevés: la définition de la bonne foi, son importance en droit suisse, son lien direct avec la notion de confiance au point même que la première de ces notions absorbe l'autre, l'institution spécifique de la responsabilité fondée sur la confiance.

Cette bonne foi (*guter Glaube*) est définie, en droit suisse, comme une "confiance infondée dans l'existence d'une certaine situation juridique" et l'art. 3 CC, en ce qu'il "indique comment savoir si une telle confiance existe (art. 3 al. 1 CC) et mérite protection (art. 3 al. 2 CC)" constitue, ainsi que nous l'explique l'auteur du rapport, "une règle générale consacrée au concept de confiance légitime, valable pour l'ensemble du droit privé (CC, CO, législation spéciale, cf. p. ex. l'art. 102 al. 3 LDIP), mais aussi pour le droit public, dans la mesure où aucun intérêt public ne s'y oppose." Par ailleurs, l'art. 2 CC, que l'on peut qualifier de clause générale, dispose que: "(Al. 1) *Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.* (Al. 2) *L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.*" L'alinéa 2 se comprend comme le prolongement de l'alinéa 1.

Le rapport analyse les liens entre l'article 3 et l'article 2 CC:¹²¹ "La bonne foi de l'art. 3 al. 1 CC (*guter Glaube*) se distingue des règles de la bonne foi (*Treu und Glauben*) de l'art. 2 CC: tandis que celles-ci ont un caractère normatif et servent à apprécier objectivement un certain comportement, celle-là est prise comme un fait interne, dont il s'agit de vérifier l'existence. On parle donc de bonne foi subjective dans le cadre de l'art. 3 CC, par opposition à la bonne foi objective visée à l'art. 2 CC."¹²² Le rapport recense par ailleurs toutes les nombreuses normes du droit des contrats qui renvoient à l'art. 3 CC et qui, de ce fait, reconnaissent le principe de la confiance.

2. Le droit français

Comme le relève l'auteur du rapport, l'idée de conférer un rôle à la confiance légitime, notamment à travers un principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, fait naître 'un sentiment de méfiance' au sein de la doctrine classique, ceci en raison notamment de la force de la doctrine de l'autonomie de la volonté (objection que l'on retrouve en droit

¹²⁰ B. K. Jäggi, n° 34 ad art. 3 CC; Patry, p. 219 ss; Piotet, p. 47 ss; voir aussi B. S. K. Honsell, n° 23 ad art. 3 CC; B. K. Kramer, n° 42 ad art. 1 CO.

¹²¹ Rapport Suisse, §2.

¹²² Deschenaux, at 147 & 201; Hausheer & Jaun, n° 6 ad art. 3 CC; B. K. Jäggi, n° 51 ad art. 3 CC.

belge). Le droit français, qui ne possède pas de doctrine spécifique, n'est pas prêt "à accueillir en son sein des concepts et règles flexibles, flous, empreints de subjectivité, tels la confiance légitime, les attentes raisonnables ou la cohérence contractuelle." Pourtant, le plus souvent, le droit français protège la confiance légitime et le juge français est volontiers enclin à sanctionner le fait de trahir la confiance légitime de l'autre, soit en se comportant de manière incohérente, soit, dans les relations contractuelles, en insérant des clauses contradictoires dans le contrat.¹²³ C'est pourquoi le juge fera plus volontiers appel aux principes généraux de bonne foi ou d'abus, bien ancrés dans ce droit.

Parmi de nombreuses décisions, on relèvera cet arrêt de la Chambre commerciale, très significatif.¹²⁴ Une société avait ouvert auprès d'une banque un compte courant subdivisé en deux sous comptes, le premier pour les opérations en francs, le second celles en dollars, lesquels étaient interdépendants, comme le stipulait une clause d'unité de comptes. Or, pendant une certaine période, la banque s'était comportée comme si les deux sous comptes étaient indépendants. Puis la banque entendit se prévaloir de la convention d'unité de compte, ce que n'admit pas la Cour de cassation, au motif qu'un tel comportement était contraire à la bonne foi:

en dépit de la signature d'une convention d'unité de compte, la banque, qui, en faisant fonctionner les comptes litigieux comme des comptes indépendants, avait adopté un comportement incompatible avec l'application de la convention litigieuse, dont elle a revendiqué ensuite le bénéfice, avait manqué à son obligation de bonne foi.

D'autres fois, c'est en se fondant sur la notion 'd'inexécution d'une obligation essentielle' et d'absence de 'cause', que la Cour de cassation impose la cohérence à l'une des parties. Il faut ici rappeler le fameux arrêt 'Chronopost', rendu le 22 octobre 1996 et confirmé depuis lors:¹²⁵ au nom de la cause, la Cour de cassation a réputé non écrite la clause limitative de réparation stipulée dans le contrat de transport rapide conclu entre la société Chronopost et un de ses clients, jugeant que cette clause devait être 'effacée' du contrat, parce qu'en réduisant excessivement la sanction de l'inexécution de l'obligation essentielle de ponctualité souscrite par le transporteur, dans laquelle était cristallisée l'économie du contrat, "*elle contredisait la portée de l'engagement pris.*"

¹²³ Sur ces deux cas de figure et les différentes applications jurisprudentielles que l'on peut relever, voir la première partie du rapport français, écrit par D. Mazeaud et publié in 2 RIDC (2006), p. 363 *et seq.*

¹²⁴ Cass. com., 8 mars 2005: D. 2005, panorama, 2843, obs. B. Fauvarque-Cosson; RDC 2005, 1015, obs. D. Mazeaud; Rev. *Lamy, Droit civil*, juill./août, 2005, p. 5, note D. Houtcieff; *RTDciv.* 2005, 391, obs. J. Mestre & B. Fages.

¹²⁵ Cass. com., 22 oct. 1996: *Contrats, conc., consom.*, 1997, comm. n°24, obs. L. Leveneur; *D.* 1997, 121, note A. Sériaux; *somm.com.*, 175, obs. P. Delebecque; *Defrénois*, 1997, 333, obs. D. Mazeaud; *JCP*1997.I.4002, obs. M. Fabre-Magnan et 4025, obs. G. Viney et II.22881, obs. D. Cohen; *RTDciv.* 1997, 418, obs. J. Mestre.

Dans le même ordre d'idées, le recours à la notion d'économie générale du contrat permet encore au juge français de préserver la cohérence interne du contrat et la confiance légitime du contractant, même si les applications pratiques sont assez rares.¹²⁶

Après avoir relevé, exemples jurisprudentiels à l'appui, comment le droit français des contrats sanctionnait non seulement les comportements incohérents mais aussi les clauses qui emportent une contradiction flagrante dans la composition du contrat, le rapport s'interroge sur le rayonnement possible du concept de confiance légitime, tant en ce qui concerne son régime, que son domaine.¹²⁷ Il relève, avec justesse, que les notions de faute, de bonne foi, d'abus, de fraude et d'apparence sont tour à tour sollicitées par la doctrine française. Quant à la jurisprudence, c'est surtout à la notion de bonne foi qu'elle se réfère.¹²⁸ Cela est d'autant plus vrai que même si les juges se réfèrent à la notion d'abus, le lien entre l'abus et la bonne foi est tel, en matière contractuelle, qu'il est difficile de les dissocier.

En raison de l'absence d'une doctrine spécifique en droit français, de nombreuses questions restent ouvertes, notamment quant aux effets de la sanction de la confiance trompée: un préjudice est-il nécessaire, l'exécution forcée en nature est-elle possible, quel contrôle la Cour de cassation exercera-t-elle sur le montant des dommages-intérêts alloués etc.? Toutes ces questions sont parfaitement exposées dans le rapport national et l'on en retrouvera certaines dans la partie de ce rapport consacrée aux effets de la confiance légitime en droit des contrats.

3. Le droit japonais

Traditionnellement, il n'existait pas de doctrine spécifique comparable à celle de *l'estoppel* en droit japonais. Sous l'influence du droit allemand, la clause générale contenue dans l'article 1, clause 2 du Code civil japonais, ajouté après la deuxième guerre mondiale, s'intitule '*Good faith and fair dealing*'. Il a alors constitué le fondement du développement du droit en ce qui concerne la prise en considération de la confiance légitime. Par ailleurs, l'article 1, Clause 3, sanctionne l'abus de droit.

En droit japonais, les concepts *d'estoppel* et de *venire contra factum proprium*, introduits par la doctrine et les juges sous l'influence des théories étrangères, sont considérés comme subordonnés au principe plus général de bonne foi. Ils se sont néanmoins développés et la doctrine a même distingué deux types *d'estoppels*: la conduite incohérent: '*inconsistent*

¹²⁶ Pour des exemples, v. le rapport, §18.

¹²⁷ V. la deuxième partie du rapport français, intitulée 'Les virtualités du concept de confiance légitime'.

¹²⁸ Ainsi que l'illustre l'arrêt précité du 8 mars ou encore cette décision du 11 mars 1997, dans laquelle la Chambre commerciale a affirmé que "*en vertu de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, et tromper ainsi l'attente légitime de son cocontractant.*" Inédit, pourvoi n°95-16.853, *Lamy cass.*, cité par H. Aubry, *L'apport du droit communautaire au droit français des contrats: la notion d'attente légitime*, 2005 RIDC 627, sp. n. 46.

conduct qui semble correspondre au *venire contra factum proprium* et la '*cause of legitimate expectations*'. Ces concepts sont principalement utilisés en droit des contrats mais aussi dans des domaines du droit public (droit fiscal, droit administratif).

Il n'existe pas, en droit japonais, de responsabilité spécifique, directement fondée sur la confiance. Comme dans d'autres droits, dont le droit français, la responsabilité découle donc de la violation du principe de bonne foi. C'est une différence, importante sur le plan théorique mais sans doute moins sur un plan pratique, avec d'autres pays où une telle responsabilité existe.

2.3.3. L'existence d'une responsabilité spécifique, fondée sur la confiance

Qu'ils possèdent ou non une doctrine spécifique comparable à *l'estoppel*, plusieurs pays de tradition civiliste ont encore dans leur arsenal juridique un cas spécifique de responsabilité fondée sur la confiance. Quelques exemples, tirés des rapports allemand, suisse, hongrois, italien, seront ici exposés.

1. Droit allemand

La doctrine allemande de la *culpa in contrahendo* s'est considérablement développée en droit allemand. Cette doctrine, qui permet de condamner la partie qui rompt brutalement les négociations précontractuelles à verser des dommages intérêts, joue un rôle essentiel. Fondée à l'origine sur un article de Ihering, elle a été affinée par la jurisprudence, puis consacrée par le législateur qui l'a codifiée en 2002 dans le §311 II BGB.¹²⁹

Or l'idée de confiance légitime y joue un rôle majeur, essentiel à sa mise en œuvre, au point même que l'on se demande, dans certains cas, si la doctrine du *venire contra factum proprium* ne devrait pas jouer. Encore faut-il relever qu'il existe, quant à leurs effets, une différence importante entre les deux doctrines: tandis que le *venire contra factum proprium* ne donne lieu qu'à des *reliance interests*, la *culpa in contrahendo* permet d'obtenir des *expectations interests* ce qui revient à indemniser la victime, non seulement pour la remettre dans la situations dans laquelle elle aurait été si sa confiance n'avait pas été trompée, mais dans celle dans laquelle elle aurait espéré être si le contrat avait été effectivement conclu.

2. Droit suisse

Il existe, en droit suisse, un cas spécifique de responsabilité fondée sur la confiance que le rapport définit comme "une institution juridique autonome, qui permet notamment à une

¹²⁹ Pour une codification de cette doctrine, v. les §§280, 311 II, 241 II BGB qui permettent à une partie de réclamer des dommages-intérêts en invoquant la violation d'une obligation précontractuelle de ne pas causer de tort durant les négociations.

personne de former une prétention contre une autre personne alors même qu'elle ne peut ni se prévaloir d'un contrat, ni invoquer les règles de la responsabilité civile (art. 41 CO), ou celles de l'enrichissement illégitime (art. 62 CO) ou de la gestion d'affaires sans mandat (art. 419 CO)."¹³⁰

La responsabilité fondée sur la confiance, distincte de la responsabilité contractuelle, est riche de potentialités. Ainsi, elle pourrait jouer "dans diverses situations non réglées dans le CO, notamment lorsqu'un participant à des pourparlers viole un devoir précontractuel sans que cela n'aboutisse à la conclusion d'un contrat, par exemple lorsqu'il n'informe pas l'autre partie de sa décision de ne pas conclure le contrat (violation du devoir de négocier sérieusement) et qu'il éveille ainsi chez elle des attentes quant au bon déroulement des pourparlers, ou encore lorsque, en l'absence de tout contrat, une personne délivre spontanément à une autre un renseignement inexact sur un fait dont elle doit connaître l'importance pour son interlocuteur."¹³¹ D'autres exemples sont donnés dans le rapport suisse.

3. Droit italien

Le droit italien offre divers instruments permettant de sanctionner le comportement incohérent qui porte préjudice à autrui. En particulier, on assiste à un développement des hypothèses de responsabilité contractuelles qui dérivent du *venire contra factum proprium*. Dans la phase des négociations précontractuelles, la doctrine et la jurisprudence utilisent la notion de 'confiance' sur le fondement de l'article 1337 du code civil qui porte interdiction de se comporter de façon déloyale (art. 1337 c.c.):

"Les parties, pendant le déroulement des pourparlers et pendant la formation du contrat, sont tenues de se comporter de bonne foi." Une interprétation extensive de la règle conduit à l'appliquer à tout comportement susceptible d'influencer le consentement de la victime ou de faire naître la croyance en la possible conclusion du contrat.¹³²

¹³⁰ ATF 131 III 377; ATF 130 III 345, JdT 2004 I 207; ATF 128 III 354, JdT 2005 I 35; ATF 121 III 350; ATF 120 II 331, JdT 1995 I 359; B. K. Kramer, n° 150 ad Intro. générale; Loser, p. 73 ss; Walter, p. 147 ss.

¹³¹ ATF 130 III 345, JdT 2004 I 207; ATF 128 III 324, JdT 2005 I 35; ATF 121 III 350; ATF 120 II 331, JdT 1995 I 359; BK-Kramer, n° 68, 98 et 143 ss ad Intro. générale; Loser, p. 88 ss; Walter, p. 152 ss.

¹³² C. cass. 14 février 2000, n. 1632, in GI, 2000, p. 2250:

La responsabilité précontractuelle de l'article 1337 c.c. peut dériver du processus de formation du contrat ou bien des simples pourparlers, qui sont considérés comme quelque chose de différent, c'est-à-dire une phase antérieure dans laquelle les parties se limitent à manifester leur volonté de tendre vers la conclusion d'un contrat, sans encore réaliser aucun des actes de proposition ou acceptation qui révèle le processus de formation. Si le déroulement des pourparlers, sérieux et constructifs, est tel qu'il fait naître une confiance dans la conclusion du contrat, la partie qui résilie sans une juste cause, en violant l'obligation de se comporter de bonne foi, est tenue de compenser par le versement de dommages intérêts.

Si la nature de cette disposition est encore discutée en droit italien – responsabilité aquilienne ou contractuelle? – une jurisprudence¹³³ et une doctrine¹³⁴ majoritaires privilégient la responsabilité extracontractuelle et parlent de ‘situation de confiance’ évaluable selon des critères objectifs, qui justifient la ‘confiance’ dans le comportement correct d’autrui.

Mais il a encore été suggéré de considérer la responsabilité précontractuelle comme un *tertium genus*, une responsabilité ‘spéciale’, entre le contrat et le délit,¹³⁵ ceci sur le fondement de l’art. 1337. Depuis quelques années, des décisions atypiques ont invoqué la confiance dans la conclusion du contrat, la confiance dans le sérieux des pourparlers.¹³⁶

On assiste par ailleurs, en Italie, à un développement des hypothèses de responsabilité qui dérivent du *venire contra factum proprium* et jouent en cas de préjudice subi par un sujet qui, en faisant confiance sur la conduite de l’autre partie, a effectué un changement de position à son détriment.¹³⁷

Est ainsi apparue une ‘catégorie générale’ de responsabilité pour ‘lésion de confiance’,¹³⁸ déterminée par la nécessité sociale de protéger de celui qui a fait confiance à son détriment,¹³⁹ en se déterminant par rapport à des informations inexactes. Parmi ces dernières, on retiendra plus spécialement les cas d’informations fournies par les intermédiaires financiers, ou les cas de responsabilité des médecins employés en structures hospitalières.

De manière plus générale, la qualification de professionnel crée une confiance de laquelle, en vertu du principe de bonne foi, naît l’obligation de ne pas causer de préjudice à autrui.

Or, dans la mesure où le statut de professionnel appelle la confiance légitime, l’inexactitude des informations délivrées permet d’engager la responsabilité contractuelle.¹⁴⁰

Face à l’importance pratique du sujet, le législateur italien est même intervenu dans le secteur de l’intermédiation financière, en application aussi des directives européenne.¹⁴¹

¹³³ Cf. jurisprudence: Trib. Monza, 15 février 1996, in Resp. civ. prev., 1997: Quand le droit à la liberté contractuelle et la confiance dans la conclusion du contrat sont atteints en violation de l’obligation fondamentale de bonne foi dans le domaine d’un rapport caractérisé par le droit à une information (au moins) correcte et non trompeuse, est constatée une lésion de l’intégrité du patrimoine, source d’un dommage ‘injuste’ et qui, par conséquent, détermine une responsabilité délictuelle selon l’article 2043 c.c.

¹³⁴ *Infra multis*: F. D. Busnelli, *Itinerari europei nella “terra di nessuno tra contratto e fatto illecito”*: la responsabilità da informazioni inesatte, 1991 Contr. impr. 539.

¹³⁵ L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, 1956(II) Riv. dir. comm. 361.

¹³⁶ R. Sacco & G. De Nova, *Il contratto*, Trattato di diritto civile 240 (3^d ed., 2004).

¹³⁷ G. Marini, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti* 18 (1995).

¹³⁸ C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile* (3^d ed. 2006) p. 458.

¹³⁹ Castronovo, *supra* note 138, p. 528.

¹⁴⁰ C. cass. 15 mars 1999, n. 2284, in 1999(I) Foro It. 1169:

Les informations inexactes fournies par la banque en présence d’un rapport contractuel justifie l’engagement d’une responsabilité contractuelle [...] le statut d’entrepreneur bancaire qui fait naître une confiance, chez l’autre partie, en la qualité des informations reçues, impose au premier de se comporter selon les règles de la gestion correcte du crédit et des exigences élémentaires de diligence, solidarité et transparence.

¹⁴¹ L’art. 114 du Texte Unique du 24 février 1998 régit la responsabilité en cas de violation d’information du public ‘autour des faits qui interviennent dans leur sphère d’activité et dans celle des sociétés contrôlées, capable d’influencer sensiblement le prix des instruments financiers’. Il s’agit d’une responsabilité pour violation d’

4. L'article 6 du Code civil hongrois: la responsabilité *for induced conduct*

Il n'existe pas, en droit hongrois, une doctrine cohérente et spécifique de protection des attentes légitimes. Si ces attentes sont par ailleurs protégées, notamment grâce au concept de bonne foi, il faut surtout relever qu'il est, en droit hongrois, un texte original qui permet d'établir la responsabilité non contractuelle de la partie qui manque à ses engagements et, ce faisant, suscite des attentes frustrées. Il s'agit ici du §6 du Code civil hongrois, élaboré en 1959.¹⁴²

Dès avant la deuxième guerre mondiale, des auteurs hongrois avaient établi un lien entre l'*estoppel* et la doctrine de l'*'indicative behaviour'*, jouant un rôle équivalent en droit hongrois. Le droit hongrois, en effet, a toujours admis que, sous réserve d'exceptions légales, un contrat peut être conclu même en l'absence d'un consentement exprimé ou d'une *consideration*. En vertu du § 207, sous §1 du Code civil, comprise comme une règle d'interprétation, des déclarations contractuelles, écrites ou orales, accompagnées d'une conduite incitative, doivent être interprétées de la manière dont l'autre partie les aura interprétées.¹⁴³ Par ailleurs, il est aussi possible, lorsqu'il y a une faute, de retenir la responsabilité délictuelle de celui qui a créé une attente ou une apparence.

Surtout, le §6 du Code civil pose une règle spéciale qui constitue un fondement autonome pour la réparation des dommages causés '*by induced conduct and created expectations*'. Il ressort de ce texte que si une personne, intentionnellement, conduit l'autre, qui est de bonne foi et possède de bonnes raisons d'agir sur la foi de ces promesses, à agir ainsi, cette personne peut être tenue de réparer le dommage causé même si elle n'a pas commis de faute. Ce texte, qui ne se fonde pas sur la responsabilité, protège le '*reliance interest*' uniquement; il permet de distribuer le risque de la conduite du demandeur ('*allocating the risk of the plaintiff's conduct*').

La mise en œuvre de l'article 6, dont le rapporteur relève toute l'originalité, suppose que les conditions suivantes soient réunies:

- une conduite intentionnelle
- la personne lésée agit de bonne foi et de manière raisonnable sur la foi de cette conduite
- la personne lésée subit un préjudice, sans faute de sa part.

Par ailleurs, même lorsque ces conditions sont remplies, le juge conserve le pouvoir de condamner ou non l'auteur de la représentation à indemniser la personne qui a subi un

'obligations sans prestation', de nature contractuelle, vers les sujets qui ne se trouvent pas déjà en relation avec les investisseurs, mais qui le deviennent en l'absence ou carence de l'information due.

¹⁴² En droit hongrois, la théorie de la *culpa in contrahendo* ne constitue une base autonome de responsabilité mais simplement un cas de responsabilité non contractuelle; par ailleurs, la théorie de l'apparence est étroitement liée à la protection de la confiance et à la règle spéciale du §6 du Code civil et cela ressort particulièrement de l'étude du mandat apparent.

¹⁴³ V. le rapport, §3.1 Construction of indicative behaviour as expressing contractual will.

préjudice et d'évaluer le montant des dommages intérêts. Or on constate que les juges hongrois n'abusent certainement pas de ce pouvoir que leur accorde le §6 du Code civil hongrois et qu'ils éprouvent même une certaine réticence à utiliser ce texte conformément à la philosophie qui l'inspire et qui consiste à répartir les risques (*risk allocation*). En pratique, l'avantage de recourir au §6 consiste dans le fait qu'une partie ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité; en revanche, le désavantage, par rapport au droit de la responsabilité, tient au montant de la responsabilité, réduit au '*negative interesse*', tandis qu'une demande fondée sur le droit de la responsabilité (§339) permettrait une indemnisation de tout le préjudice subi.

Essai de synthèse

Le droit anglais évoluera-t-il vers une doctrine unitaire de l'*estoppel*, lors même qu'il a toujours refusé d'accueillir l'*unconscionability* comme principe général du droit des contrats, susceptible de corriger des rapports contractuels déséquilibrés?¹⁴⁴ Une telle doctrine ne serait-elle pas, au même titre que la bonne foi, également rejetée par le droit anglais, source d'insécurité et d'arbitraire judiciaire?¹⁴⁵ On peut toutefois se demander si en réalité, comme beaucoup d'autres institutions fondées sur l'équité, l'*estoppel* ne constitue pas déjà une forme d'application de la bonne foi, si bien que l'opposition avec les systèmes juridiques qui consacrent ce principe ne serait plus si tranchée.¹⁴⁶ Qui plus est, le succès international de l'*estoppel* est aujourd'hui lié au développement de la bonne foi dans les relations contractuelles. Il passe également par l'arbitrage commercial international, où l'*estoppel* constitue un principe général, traduit en principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Pour autant, cette technique originaire du droit anglais ne doit pas se dissoudre dans des principes aussi vastes que ceux de bonne foi, de cohérence ou même d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. C'est pourquoi, s'ils consacraient un principe général d'*estoppel*, les juges anglais devraient d'abord en préciser les conditions de mise en oeuvre.¹⁴⁷

La synthèse est un art difficile, surtout lorsque les figures juridiques abondent. Tout au plus pourra-t-on déduire de cet exposé de systèmes juridiques si divers l'existence d'un trait

¹⁴⁴ Cf. Beale, Bishop & Furmston, *supra* note 46, p. 165.

¹⁴⁵ V. l'analyse critique de G. H. Treitel, en 1995, in *The Law of Contract* 136 (1995): ce critère ne fournit aucune base pour une doctrine légale capable de fournir des résultats prévisibles. Comp. G. H. Treitel, *The Law of Contract* 32 (10^{me} ed. 1999): ceux-là mêmes qui dénoncent l'imprévisibilité du critère s'y réfèrent néanmoins afin d'admettre l'*estoppel* dans des circonstances analogues à celles de l'arrêt *Walton*, c'est-à-dire afin que l'offrant soit exceptionnellement lié par son silence et qu'il lui soit en conséquence interdit de nier l'existence d'un contrat.

¹⁴⁶ Rappr. Fr. R. Van de Mensbrugge, *Migrations juridiques de la bonne foi*, 1999(3) *Revue de droit international et de droit comparé* 246.

¹⁴⁷ Leur tâche pourrait être grandement facilitée par l'ouvrage (*supra* note 20) de M. Spence, dont le seul titre résume tous ces débats: *Protecting Reliance: The Emergent Doctrine of Equitable Estoppel*. L'auteur définit, en quatorze points, la teneur et les limites de cette doctrine et suggère le principe suivant: "Equitable estoppel operates to enforce the duty to ensure reliability of induced assumptions, but does so only to those situations in which the duty applies most strongly."

commun: fussent-ils de *common law*, mixtes ou civilistes, les systèmes juridiques prennent en compte l'atteinte à la confiance légitimement donnée et la sanctionnent, chacun à leur manière et le plus souvent par l'octroi de dommages-intérêts. On en arrive ici à la délicate question des effets de la confiance légitime en droit privé et particulièrement en droit des contrats.

3. Les effets de la confiance légitime en droit des contrats

Les applications de la notion de confiance légitime sont si nombreuses, si diverses, si riches, qu'il serait impossible de les traiter de manière exhaustive, en relatant sur ce point le contenu de chacun des rapports nationaux. Quant à la synthèse, elle se heurte à la variété des concepts, des cas de figure, et, au-delà, des traditions juridiques; car derrière la confiance légitime, c'est tout le droit des contrats et de la responsabilité, de chaque système juridique, qu'il faudrait pouvoir explorer. La synthèse des rapports ne peut donc, à notre sens, se faire qu'en la forme de questionnements. A la lecture de tous les rapports nationaux, trois questions se dégagent, sous une forme ou une autre, quelle que soit la doctrine spécifique ou le principe général susceptible d'être invoqué afin de protéger la protection de la confiance légitime.

Ces trois questions sont les suivantes:

- la protection de la confiance légitime peut-elle se passer d'un préjudice?
- la protection de la confiance légitime s'étend-elle aux '*expectation interests*'?
- la protection de la confiance légitime peut-elle aboutir à l'exécution forcée, en nature?

3.2. La protection de la confiance légitime peut-elle se passer d'un préjudice?

Afin de répondre à cette question, on traitera de nouveau séparément, sans toutefois les opposer, des systèmes de *common law* et des pays de tradition civiliste. Dans les pays de *common law*, la distinction entre le véritable préjudice et le simple changement de situation a suscité de vifs débats; dans les pays de droit civil, qui utilisent souvent la responsabilité pour sanctionner l'auteur de la contradiction, un préjudice est quasiment toujours exigé, conformément au principe de base du droit de la responsabilité selon lequel les dommages-intérêts ont un caractère compensatoire.

1. A propos de l'exigence d'une '*detrimental reliance*' en droit anglais

En droit anglais, la notion de 'change of position' se différencie de celle de '*detrimental reliance*' qui consiste à subir un préjudice concret en se fondant sur une croyance créée par autrui. D'où la question suivante: pour réparer la trahison de la confiance légitime, un préjudice est-il indispensable ou bien un changement de situation suffit-il? Une grande controverse a eu lieu en droit anglais. Pourtant les concepts utilisés dans les pays de *common*

law, y compris en Angleterre (voir le proprietary estoppel), parlent pour eux-mêmes: si l'on se demande s'il serait inequitable ou 'unconscionable' de revenir sur sa promesse, ce caractère ne se déduit-il pas, directement, du fait que l'autre partie a subi un préjudice?¹⁴⁸

En droit américain, l'article 90 (1) du *Second Restatement* prévoit qu' "une promesse, dont l'auteur attend raisonnablement qu'elle entraînera une action ou une inaction de la part de l'autre partie et qui entraîne effectivement une telle action ou inaction, est obligatoire si l'injustice ne peut être évitée que par l'exécution de la promesse." De nombreux arrêts font jouer l'*estoppel* lorsqu'une personne, sur la foi de la promesse de l'autre, a renoncé à faire valoir ses droits en temps voulu et qu'elle se trouve ensuite empêchée de le faire du fait de la prescription. Le texte n'exige donc pas de préjudice et des décisions ont eu recours à l'*estoppel* en l'absence même de préjudice, du moins de préjudice quantifiable en termes de pertes matérielles ou financières. En effet, le préjudice peut simplement consister dans le fait de ne pas avoir pris certaines mesures en raison de la promesse (par exemple, ne pas avoir recherché un travail sur la foi de la promesse du versement d'une somme d'argent). De nos jours, aux Etats-Unis, le débat semble s'être déplacé de la question du préjudice à celle de l'intensité de l'action ou de l'inaction: les auteurs américains se demandent si elles doivent être "d'un caractère défini et substantiel."

2. De la nécessité d'un préjudice dans les pays de droit civil

Tandis qu'en droit anglais, l'*estoppel* n'est pas un mécanisme de responsabilité mais une sorte de fin de non-recevoir qui interdit à l'auteur d'une promesse de revenir sur celle-ci si bien que naît un droit au maintien de la promesse au profit de son destinataire, dans les pays civilistes, la sanction de l'atteinte à la bonne foi, de l'abus etc. passe par la mise en œuvre des règles la responsabilité. Il faut alors distinguer selon que l'on est dans le cadre de la responsabilité contractuelle ou délictuelle, car chacune obéit à des règles propres même si, dans les deux cas, le montant des dommages intérêts est évalué à l'aune du préjudice subi.

Dans la grande majorité des pays de droit civil, la sanction de la confiance trompée prendra la forme de dommages intérêts, soumis aux règles traditionnelles de la responsabilité délictuelle ou contractuelle.

En règle générale, trois conditions devront être réunies pour indemniser la partie qui a subi un préjudice du fait du comportement de l'autre partie:

- Une promesse ou un comportement incohérent

¹⁴⁸ Rappr. Lord Goff *in* Société Italo-Belge pour le Commerce et l'Industrie SA v. Palm and Vegetable Oils (Malaysia), (The Post Chaser) (1981):

un principe fondamental a été posé par Lord Cairns LC selon lequel l'auteur de la promesse ne pourra pas faire exécuter ses droits si ce serait inéquitable eu égard aux relations qu'ont ainsi entretenues les parties. Pour établir une telle inéquité, il est nécessaire de prouver un préjudice; en effet, le destinataire de la promesse doit en avoir tiré avantage si bien qu'il serait inéquitable, du moins sans préavis raisonnable, pour son auteur de faire exécuter ses droits.

- Une croyance légitime causée par la promesse ou le comportement
- Le fait qu'il soit inéquitable de permettre au fautif de se contredire ce qui, comme en droit anglais, laisse supposer l'existence d'un préjudice.¹⁴⁹

Même si la question n'est pas définitivement tranchée en droit français, retenu ici à titre d'exemple, un préjudice est en principe nécessaire afin que soit sanctionnée l'incohérence comportementale (*detrimental reliance*).¹⁵⁰

Une fois posée l'exigence d'un préjudice, il reste à en déterminer la nature: c'est ici que certains droits, inspirés par une très célèbre doctrine, distinguent entre deux sortes d'intérêts: *reliance interest* et *expectation interests*.

3.3. La protection de la confiance légitime s'étend-elle aux 'expectation interests'?

La question du montant des dommages intérêts n'est pas abordée de la même manière dans tous les pays. Dans certains, tel la France, cette question sera considérée comme relevant du pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond, sur lequel la Cour de cassation n'exercera pas son contrôle. Dans d'autres pays, y compris de droit civil, il s'agit d'une question de droit, absolument cruciale. Avant d'exposer successivement les droits américain et allemand,¹⁵¹ retenus en raison de leur richesse sur cette question, on rappellera l'existence de l'article fondateur de Fuller et Perdue,¹⁵² car ce sont les premiers auteurs qui ont distingué, à côté de l'*expectation interest* et du *restitution interest*, la catégorie *reliance interest*.

1. Droit américain

Aux termes de la section 90 du *Second Restatement*, le remède peut être limité 'selon les besoins de la justice'. Cette expression laisse un grand pouvoir d'appréciation aux juges quant au montant des dommages intérêts. En pratique, ceux-ci ne prononcent que très rarement l'exécution forcée en nature, ce qui peut s'expliquer par la réticence naturelle des juges à l'égard de cette sanction qui supposerait un suivi de leur part.¹⁵³ La différence avec les autres

¹⁴⁹ Sur cette dernière condition, en droit français, v. le rapport national, § 24; adde, les observations du rapporteur national, § 24 *in fine*:

Si ces atteintes à la confiance légitime du contractant, victime d'une contradiction contractuelle d'ordre comportementale ou interne, n'emportent aucun préjudice à son endroit, il est mal fondé à agir pour obtenir du juge qu'il prononce une sanction, sur la nature de laquelle un certain doute règne encore en droit positif.

¹⁵⁰ Com. 5 octobre 2004 Contrats, concurrence, consommation, 2005, comm. n°1, obs. L. Leveneur; JCP 2005.I.114, obs. M. Chagny; RDC, 2005, 288, obs. P. Stoffel-Munck et 384, obs. M. Béhar-Touchais; *Revue Lamy droit civil*, janv. 2005, 5, note D. Mainguy & J.-L. Respaud; *RTDC* 2005, 128, obs. J. Mestre & B. Fages.

¹⁵¹ Le choix de ces deux pays se justifie par l'attention prêtée à la question par les rapporteurs d'une part et par l'importance du sujet dans ces pays d'autre part, deux facteurs qui se recoupent.

¹⁵² Fuller & Perdue, *supra* note 12. Rapp. Atiyah (1988), *supra* note 45, p. 240: l'auteur montre que la prise en compte de la *reliance* peut fonder la protection de l'attente de profit, notamment par le biais du *promissory estoppel*. Adde Muir Watt, *supra* note 2, p. 68.

¹⁵³ V. sur ce point le rapport américain.

Dans le *First Restatement*, il était au contraire recommandé de faire respecter la promesse elle-même; un grand débat s'était

promesses, celles qui sont échangées sur la base d'une *consideration*, se manifeste dans le montant de la réparation: tandis que la rupture du contrat peut donner lieu à des *expectation interests* visant à compenser le gain manqué, l'*estoppel* ne protège que la *reliance*, ce qui permet de limiter le montant de la réparation, surtout lorsque le bénéficiaire de la promesse n'a pas modifié sa position. Cependant, en pratique, on constate que les *expectations* sont indemnisées si c'est le seul moyen de protéger la *reliance* (elles le sont d'autant plus volontiers qu'il y a mauvaise foi de la part du promettant). C'est pourquoi l'on aurait tort de s'en tenir à une présentation trop schématique, qui départagerait le *promissory estoppel* et la *consideration* en énonçant que l'un protège la *reliance* et l'autre l'*expectation*. Des études américaines ont d'ailleurs révélé que le *promissory estoppel* était de plus en plus utilisé par les juges pour protéger les attentes de profit, et donc les *expectations* nées d'un contrat (ce qui a conduit certains auteurs à spéculer sur la mort du contrat).¹⁵⁴

A cet égard, il est intéressant d'observer que le droit civil louisianais, après une période d'hostilité des juges à la réception de l'*estoppel*, institution du droit anglais, a introduit cette doctrine dans l'article 1967 du Code civil, sous le couvert de la *reliance*. Ce texte consacre la notion de cause et ajoute qu'une partie peut être obligée par une promesse lorsqu'elle savait ou aurait dû savoir que cette promesse inciterait raisonnablement l'autre partie à s'y fier (*to rely on it*), à son détriment. Le montant de la réparation peut être limité aux dépenses encourues du fait de la *reliance*.¹⁵⁵

Il ne s'agit que d'une faculté, laissée à la discrétion du juge louisianais, de limiter ainsi le montant de la réparation: les *expectation interests* ne sont donc pas exclus.

2. Droit allemand

Dans la mesure où il génère une responsabilité et non la perte d'un droit, le concept d'attentes légitimes joue un rôle essentiel, non seulement comme facteur déclenchant de cette responsabilité, mais aussi en tant que critère d'évaluation du montant de la réparation. La distinction entre les *expectations interest (positives interests)* et les *reliance interest (negatives interesse)* a déjà été mentionnée. Dans le premier cas, une obligation valable doit avoir été légalement formée (le plus souvent par contrat). Les *expectation interests* pourront ainsi être accordés, par exemple, dans le cas de l'interprétation de l'offre et de l'acceptation, – en droit allemand, la méthode d'interprétation objective est fondée sur le concept d'attentes légitimes –, y compris en cas de déclaration d'intention faite sans avoir conscience de la faire ou de déclaration tacite, ou d'interprétation constructive du contrat. Ils pourront encore l'être

engagé, lors de la rédaction du *Second Restatement*, pour savoir jusqu'où pouvait aller l'indemnisation (v. les *Reporters notes*, en particulier, les intervention de Willinston).

¹⁵⁴ Cf. les références in Halson, *supra* note 27, n. 54 à 56.

¹⁵⁵ Herman, *supra* note 73, p. 707, sp. p. 719. L'auteur montre que l'*estoppel* pourrait en réalité avoir été importé du droit romain. Adde Gruning, *supra* note 73, p. 155.

dans des situations légales ostensibles (le tiers acquéreur de bonne foi, le mandat apparent, le commerçant apparent), de comportement contradictoire (c'est ici que jouera la doctrine du *venire contra factum proprium*) ou encore dans l'obtention de certains droits suite à une pratique courante.¹⁵⁶ Les cas, plus rares, où seuls des '*reliance interests*' pourront être accordés, se présentent comme des exceptions au principe de l'attribution des *expectations interests*. Ces exceptions jouent dans certaines hypothèses: la rescision pour une déclaration erronée ou encore, la *culpa in contrahendo*, (de là l'importance de la distinction entre cette doctrine et celle du *venire contra factum proprium*).

Il existe encore, en droit allemand, une autre catégorie de responsabilité, intitulée par le rapport '*Liability for the Infliction of Harm*'. Ce type de responsabilité permet, toujours sur le fondement de l'attente légitime (on s'attend à ce que d'autres ne nous portent pas préjudice), de reconnaître des obligations contractuelles spéciales de ne pas commettre un tort à quelqu'un. Cette forme de responsabilité ne joue qu'en cas de relation spéciale (non nécessairement contractuelle) et trouve notamment à s'appliquer dans les relations précontractuelles. Elle joue encore pour retenir la responsabilité d'un tiers qui viendrait influencer le processus des négociations (§311 BGB) ou bien, selon un schéma inverse, pour protéger les tiers (concept de *legal relationship with a protective effect for third parties*).

D'après la conclusion du rapport, le principe qui permet de tracer la frontière entre les deux catégories d'intérêts serait le suivant: si les intérêts de la partie qui a fait confiance dépassent ceux de la partie qui a suscité cette confiance, les *expectation interests* seront protégés et cette partie sera mise dans la situation dans laquelle elle aurait été si les faits sur lesquels elle s'est fondée avaient été vrais (y compris, éventuellement, l'exécution forcée en nature); si, au contraire, les intérêts de la partie qui a suscité la confiance dépassent ceux de la partie qui a donné sa confiance, seuls des *reliance interests* seront accordés. Mais en pratique, ce critère fondé sur les intérêts des parties est-il réellement opératoire?

Il reste à aborder une grande question. Une fois de plus, celle-ci ne peut l'être sans tenir compte de la spécificité de chaque tradition juridique: celle de la nature (par équivalent ou en nature) de la sanction.

3.4. La protection de la confiance légitime peut-elle aboutir à l'exécution forcée, en nature?

3.4.1. Limites de l'opposition traditionnelle entre pays de *common law* et pays de tradition civiliste

Dans les pays de tradition civiliste, le principe prédominant est celui de l'exécution forcée en nature de l'obligation contractuelle de faire. On a coutume de le rattacher au principe

¹⁵⁶ Sur toutes ces hypothèses, voir le rapport allemand, p. 4 et s.

de la force obligatoire du contrat, ce qui est peut-être un raccourci trop rapide car des dommages-intérêts peuvent aussi protéger la parole donnée.¹⁵⁷ De leur côté, les droits de *common law* rejettent cette primauté de l'exécution forcée en nature.¹⁵⁸ En droit anglais, la *specific performance* est un remède d'*equity*, accordé de manière discrétionnaire par les juges. Dans ce contexte, il serait assez normal que la sanction de celui qui, par ses paroles ou son comportement, a trompé la confiance de l'autre, varie selon la famille juridique à laquelle appartient le système de droit en cause. Pourtant, les choses ne sont pas aussi tranchées. D'une part, les droits de *common law* ont parfois recours à la *specific performance*, qui joue même en tant que principe en certains domaines (telle la rupture des négociations en matière de vente); d'autre part, les systèmes civilistes ne consacrent pas toujours l'exécution forcée en nature (en particulier, dans le domaine des promesses unilatérales de vente, la jurisprudence française est pour le moment encore établie en ce sens que le promettant la rupture ne doit que des dommages intérêts au bénéficiaire de la promesse).¹⁵⁹ En outre, s'agissant de confronter l'*estoppel* et la *reliance* ou confiance légitime, on s'aperçoit que certaines formes d'*estoppels* consacrent, pour principe, l'exécution forcée en nature tandis que dans les pays civilistes, la trahison de la confiance s'analyse comme une faute, ce qui déclenche le mécanisme de la responsabilité délictuelle et donc le versement de dommages-intérêts. Il est donc rare, même dans les pays tels la France ou l'Allemagne, où le principe de l'exécution forcée en nature prévaut généralement, que les juges, sur le fondement de la confiance trompée, accordent autre chose que des dommages intérêts.

En France, hors les cas où la clause peut tout simplement être réputée non écrite, on a beaucoup discuté de la question de la sanction des incohérences comportementales.

On s'est tout d'abord demandé si l'allocation de dommages intérêts constituait une sanction appropriée et s'il ne conviendrait pas plutôt de proposer deux autres types de sanctions. La première, de nature processuelle, se rapprocherait de l'*estoppel* du droit anglais en ce qu'elle consisterait en une fin de non-recevoir opposée au contractant coupable d'une contradiction illégitime. Elle conduirait donc à paralyser temporairement l'exercice du droit, de la clause ou du pouvoir mis en œuvre par le contractant incohérent.¹⁶⁰ La seconde, de nature substantielle, consisterait en une déchéance qui emporterait, au détriment du contractant incohérent, la perte du droit ou du pouvoir qu'il a exercé de manière telle qu'il s'est rendu coupable d'une contradiction illégitime au détriment de son cocontractant.¹⁶¹

¹⁵⁷ Pour une remise en cause de cette corrélation, v. Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* (2004), sp. p. 39 s.; comp. N. Molfessis, *Force obligatoire et exécution: un droit à l'exécution en nature?*, 2005 RDC p. 37 et s.

¹⁵⁸ S. Whittaker, *Les sanctions de l'inexécution des contrats, droit anglais*, in M. Fontaine & G. Viney (Ed.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, *Etudes de droit comparé* 976 (2001), sp. p. 1001 s.

¹⁵⁹ V. sur ce point notre étude, *Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature*, 2006 RDC 529.

¹⁶⁰ En ce sens, v. Houtcieff, *supra* note 9, sp. n. 16.

¹⁶¹ En ce sens, v. M. Behar-Touchais, *supra* note 150, sp. p. 96.

On s'est ensuite demandé jusqu'où la sanction de la confiance trompée pouvait aller: le juge pourrait-il préférer l'exécution forcée en nature aux dommages-intérêts ? La question se pose, notamment, lorsque la négociation d'un contrat a été brutalement rompue et que, de ce fait, la confiance légitime du négociateur victime de la rupture a été trahie, la conclusion forcée du contrat est possible. Elle se pose encore lorsqu'un contractant s'est contredit illégitimement au détriment de son contractant en mettant fin à une relation contractuelle, alors que, par son comportement antérieur à cette rupture, il avait créé dans l'esprit de son cocontractant une confiance légitime dans sa stabilité.¹⁶² L'examen du droit positif conduit à apporter une réponse négative en ce qui concerne la rupture abusive d'une négociation, et encore 'incertaine' s'agissant de la rupture incohérente d'un contrat en cours. De son côté, le rapporteur national souhaiterait que l'exécution ou le maintien forcé du contrat soient admis, ce qui peut paraître plus conforme à notre tradition juridique, mais aussi très radical.

3.4.2. Exemples d'exécution forcée en nature fondée sur la confiance légitime

3.4.2.1. Proprietary estoppel

Le proprietary estoppel,¹⁶³ d'origine ancienne – des arrêts l'ont consacré dès le 17^{me} siècle-, forme importante d' *equitable estoppel*, possède un domaine d'application très vaste car il joue même en dehors des relations contractuelles ou précontractuelles et même en l'absence d'une représentation claire et non équivoque.¹⁶⁴ Il a notamment vocation à s'appliquer lorsque le propriétaire d'un bien immobilier s'est conduit de telle sorte qu'il a laissé croire, par ses encouragements ou assertions (*representations*), que le demandeur avait ou allait acquérir certains droits ou intérêts sur ce bien, et que ce dernier a agi à son préjudice sur cette base. En ce cas, le propriétaire ne peut plus faire valoir ses droits. Fondé à l'origine sur la nécessité de contourner un formalisme contraignant, il a pu se développer du fait de l'existence, en droit anglais, de nombreux droits de nature immobilière. De nos jours, certains auteurs y voient un remède à l'enrichissement injuste.¹⁶⁵ Mais ce sont surtout ses effets, radicaux, qui retiendront ici l'attention. *Le proprietary estoppel* entraîne, lorsqu'il y a *detrimental reliance* et croyance que l'on avait acquis ou allait acquérir un droit légal sur la propriété du bien, le transfert effectif d'un droit de nature immobilière, voire du titre de propriété. A vrai dire, ses contours

¹⁶² Sur ce point, v. J. Mestre, *Rupture abusive et maintien du contrat*, 2005 RDC 99.

¹⁶³ Pawlowski, *supra* note 25.

¹⁶⁴ *Crabb v. Arun District Council*, [1976], Ch. 179 at 188, C.A., *per* Lord Denning M.R.

¹⁶⁵ Halson, *supra* note 27, p. 275.

sont assez imprécis et on le distingue parfois difficilement d'autres grandes figures du droit anglais, en particulier des *resulting* et *constructive trusts*¹⁶⁶ ou bien encore des licences concédées sur un bien, qu'elles soient contractuelles ou *equitable*.¹⁶⁷

Le *proprietary estoppel* a notamment été utilisé dans les relations entre concubins (par exemple au profit de la concubine qui avait entrepris des travaux dans la maison de son concubin qui lui avait promis de lui léguer cette maison); parfois, un droit d'occupation est accordé,¹⁶⁸ d'autres fois, les juges vont jusqu'à prononcer le transfert du titre de propriété. (ainsi, dans l'arrêt *Pascoe v. Turner*).¹⁶⁹ Récemment, les juges anglais ont paru prendre en compte l'attente (*expectation*) comme mesure de base de la sanction, tout en réduisant celle-ci si l'attente est disproportionnée par rapport à la valeur du préjudice subi.¹⁷⁰

Cette forme d'*estoppel* tient compte d'une part du comportement sans conscience (*unconscionability*) de celui qui donne sa parole ou crée une apparence trompeuse, et d'autre part de la *reliance* de celui qui modifie sa position à son détriment. Surtout, il peut être brandi comme une épée, afin de faire valoir des droits et non pas uniquement comme un bouclier, pour s'opposer aux prétentions de l'autre partie.¹⁷¹

3.4.2.2. Les relations précontractuelles

En droit anglais, il n'existe pas de principe général de responsabilité précontractuelle et les juges ont refusé de faire jouer la bonne foi en ce domaine. Afin de protéger la confiance légitime, des actions en responsabilité sont néanmoins possibles, notamment sur le fondement de la *misrepresentation*. Ces actions donnent lieu à des dommages-intérêts qui viennent compenser la valeur de la confiance donnée (*reliance interest*) et non celle de l'attente déçue (*expectation interest*). Le droit anglais n'ordonnera pas non plus l'exécution forcée d'une offre faite avec délai, à personne déterminée, ni même celle d'une promesse de maintenir l'offre. En revanche, s'il s'agit d'un véritable avant-contrat, le droit des *restitutions* permettra de sanctionner la rétractation injustifiée.

C'est précisément en cas de rupture brutale des négociations précontractuelles que la doctrine de l'*estoppel* a été sollicitée par les juges australiens pour retenir la responsabilité de la partie qui se rétracte. L'arrêt, qui introduit en droit australien une figure générale d'*estoppel*, n'est toutefois pas allé jusqu'à prononcer l'exécution forcée du contrat.

¹⁶⁶ Sur cette question, cf. Meagher, Cummo & Lehane, *supra* note 28, n° 1727, p. 432.

¹⁶⁷ Cf. Hanbury & Martin, *supra* note 29, p. 867 et s. Un chapitre entier est consacré à cette question des rapports entre l'*estoppel* et les licences de pénétrer sur le terrain d'autrui.

¹⁶⁸ C.A., Greasley v. Cooke (1980) 1 WLR 1306.

¹⁶⁹ C.A., Pascoe v. Turner, (1979) 1 WLR 431.

¹⁷⁰ V. le rapport anglais de J. Cartwright.

¹⁷¹ Crabb v. Arun District Council, [1976], *supra* note 26.

Dans les pays de tradition civiliste, c'est sans doute la bonne foi qui est le plus souvent utilisée pour fonder l'octroi de dommages intérêts à la partie dont la confiance a été trompée; en général, cette réparation ne permet de compenser que les pertes subies et non pas la chance de gain manqué.¹⁷²

Il existe aussi dans certains droits, particulièrement en droit allemand, une responsabilité spécifique, ni contractuelle, ni délictuelle, dont il a déjà été fait mention: la *culpa in contrahendo*.¹⁷³ Une partie peut ainsi réclamer des dommages intérêts en invoquant la violation d'une obligation précontractuelle, telle que l'obligation d'information ou celle d'exercer une attention adaptée (*proper care*). Si l'une des parties rompt cette obligation précontractuelle, elle doit replacer l'autre dans la position dans laquelle elle aurait été sans cette rupture; le plus souvent, cela conduit à une responsabilité pour le '*reliance interest*'; mais s'il est avéré que sans cette violation, le contractant n'aurait pas conclu le contrat, celui-ci peut en demander la nullité et les restitutions qui s'ensuivent.¹⁷⁴ Le rapport belge montre toutefois combien cette solution est non seulement insuffisante pour la victime, mais en contradiction avec la logique de la théorie de l'apparence qui impliquerait d'aller jusqu'à prononcer l'exécution forcée.¹⁷⁵

En résumé, l'exécution forcée en nature est rarement utilisée en tant que telle, à l'importante exception près, dans certains pays, du cas précis de l'offre avec délai faite à personne déterminée, qui ne peut pas être révoquée de sorte qu'il s'ensuit une exécution forcée du contrat. Toutefois, il existe de nombreuses autres formes de sanctions qui se détachent de l'attribution des dommages intérêts et, qui, en ce qu'elles privent l'auteur de la promesse du bénéfice du contrat ou d'une partie de ce contrat, paraissent se rapprocher de l'exécution forcée en nature entendue en un sens négatif (ordre de ne pas faire).

Ainsi, d'une manière générale, les attentes légitimes peuvent empêcher l'autre partie de faire valoir une demande en justice (*a bar*) ou justifier la perte d'un droit pour celle-ci. Les juges pourront aussi se fonder sur ce concept ou sur la bonne foi pour opposer une fin de non recevoir au contractant coupable d'une contradiction illégitime, ou même une déchéance qui entraînerait la perte du droit ou du pouvoir qu'il avait (par exemple, s'il a laissé entendre à l'autre partie qui s'est légitimement fiée à ses dires qu'il n'agirait pas en justice pour demander la sanction de son droit et qu'il exerce finalement une telle action). Le juge peut

¹⁷² Rappr. rapport français §8.

¹⁷³ Pour une codification de cette doctrine, v. les §§280, 311 II, 241 II BGB qui permettent à une partie de réclamer des dommages-intérêts en invoquant la violation d'une obligation précontractuelle de ne pas causer de tort durant les négociations.

¹⁷⁴ Solution retenue dans la plupart des droits nationaux présentés par les auteurs des rapports nationaux.

¹⁷⁵ Rapport belge, p. 30.

encore réputer une clause non écrite (telle la clause visant à limiter la responsabilité du transporteur dans l'affaire Chronopost); par ailleurs pour préserver la cohérence d'un contrat, les juges feront éventuellement appel à la notion 'd'économie générale du contrat'.

4. Conclusion

La confiance légitime guide non seulement le droit mais aussi l'intégralité des rapports humains. Rechercher la manière dont le droit la sanctionne, et poursuivre cette recherche dans une quinzaine de juridictions différentes est une entreprise, si ce n'est impossible, du moins trop complexe pour être présentée de manière exhaustive. Même limitée au droit des contrats, le sujet reste immensément vaste puisqu'il invite en réalité à traiter de tout le droit des contrats, dans chaque pays. De ce point de vue, la doctrine de l'*estoppel*, mieux cernée, aux contours plus limités, apparaît plus facile à maîtriser. C'est sans doute la raison pour laquelle elle exerce une si forte séduction sur les juristes civilistes. Mais ce n'est qu'un leurre: l'*estoppel* est aussi impénétrable qu'un bouclier, aussi dangereusement glissant qu'une épée. Par ailleurs, si les voies sont diverses, les résultats sont souvent assez proches. Sans doute pourrait-on les résumer ainsi: il n'est pas de système juridique qui ne traduise pas, en langage juridique, l'exigence de respect de la parole donnée. Il n'est pas de droit qui ne cherche à sanctionner celui qui trahit la confiance de l'autre et, corrélativement, à réparer les effets dévastateurs d'une confiance trahie. Enfin, si l'on s'intéresse aux phénomènes de réception et d'imitation en droit, on est frappé de constater ce double mouvement: dans les pays de *common law*, l'*estoppel* a vu son champ d'application s'étendre progressivement, d'abord, en Angleterre, par la multiplication des doctrines et ensuite par un mouvement, particulièrement net en Australie, vers l'unification du concept, débarrassé de toutes les restrictions anglaises. En sens inverse, certains pays civilistes, partis du principe très général de bonne foi, ont construit une doctrine propre, fondée sur la confiance légitime, parfois assez proche de l'image qu'ils se faisaient de l'*estoppel*; bien plus, tout récemment, la Cour de cassation française, qui n'a jamais élaboré une telle doctrine, a purement et simplement reçu le terme *estoppel*. Mais que l'on ne s'y trompe pas: cet *estoppel* ne ressemblera jamais à celui du droit anglais.

Lorsqu'une institution est reçue par un système juridique différent de celui dans lequel elle a pris naissance, selon un phénomène bien connu d'acculturation, elle change souvent de régime et de fondement. Ainsi, l'*estoppel* du droit anglais, à l'origine purement défensif, fut reçu par les systèmes *américains*, australiens et canadiens qui en ont le plus souvent fait un mécanisme offensif et l'ont fondé sur les notions de *reliance* et de comportement

sans conscience.¹⁷⁶ Plutôt que de se livrer, dans d'autres pays qui semblent, à l'instar de la France, attirés par la figure juridique de l'*estoppel*, à un processus de réception déformante ou d'imitation fragmentaire du droit anglais, le temps n'est-il pas venu d'envisager une internationalisation de l'institution, loin des carcans de ce droit, et même détaché de tout système juridique étatique? C'est déjà chose partiellement faite puisque l'*estoppel* est indirectement consacré par certaines codifications internationales portant sur le droit des contrats.¹⁷⁷ Ainsi sera-t-on fort opportunément dispensé d'avoir à préciser la loi applicable à l'*estoppel* et de définir l'*estoppel* au sens du droit anglais, américain, australien ou canadien. De l'éclatement à l'unité, de l'excentricité à la banalisation, de la réception à l'internationalisation, telle pourrait être la fortune de l'*estoppel*. Mais on pourrait encore pronostiquer un autre type d'évolution: à long terme, n'est-ce pas la figure elle-même de l'*estoppel* qui, à trop s'étendre, risquerait de disparaître, noyée dans de vastes principes généraux: principe d'attentes légitimes (*legitimate expectations*), tel que déjà consacré en droit public anglais, *unconscionability* du droit australien, principe de *reliance* en droit américain et bien sûr, principe de bonne foi pour les pays de tradition civiliste?

En ce domaine si complexe, le rapprochement entre les traditions juridiques, voire l'harmonisation des droits, si tant est qu'elle soit possible, viendrait plutôt du droit du commerce international où l'*estoppel* a accédé au rang de principe général. Aux siècles précédents, les phénomènes d'imitation et de réception des modèles nationaux, parfois fort déformés, ont dominé le droit, cette imitation ou réception se faisant plutôt dans le sens pays de *common law* vers les pays de tradition civiliste, du moins en ce qui concerne l'*estoppel*. Au cours de ce siècle, on peut prédire qu'il appartiendra plutôt à la doctrine avec les codifications supranationales qu'elle rédige, ainsi qu'aux praticiens, notamment à travers le développement de l'arbitrage commercial international, de favoriser l'acculturation juridique.¹⁷⁸

Cite as: Bénédicte Fauvarque-Cosson, *La confiance légitime et l'estoppel*, vol. 11.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (December 2007), <<http://www.ejcl.org/113/article113-8.pdf>>.

¹⁷⁶ A vrai dire, les auteurs américains sont divisés sur cette question des fondements du *promissory estoppel*. Certains y voient une action fondée sur le contrat car la doctrine sert simplement à remplacer la *consideration*; d'autres insistent sur le préjudice résultant de la *reliance* et y voient une action délictuelle (sur ce débat, cf. S. Emmanuel & S. Knowles, *Contracts* 114 (3^{me} ed. 1987)).

¹⁷⁷ Cette consécration indirecte résulte non seulement des textes généraux relatifs à la bonne foi – cf. l'art. 7 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM), l'art. 1.7 des Principes Unidroit, l'art. 1.106 des Principes du droit européen du contrat) – mais aussi de certains textes plus spécifiques, tel l'article 2.18 des Principes Unidroit ("est de mauvaise foi celui qui entame des pourparlers sans intention de les poursuivre") ou tels les articles 29.2 40 et 80 CVIM (rapp. V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, in J. Ghestin (Ed.), *Traité des contrats* (2000), n° 92 & 317). Bien évidemment, tout dépendra, en l'absence de juridiction internationale susceptible d'assurer l'interprétation uniforme de ces textes, de la formation juridique de celui qui les applique.

¹⁷⁸ V. déjà en ce sens, B. Oppetit, *Philosophie de l'arbitrage international*, 1993 JDI 811.