

**MÉMOIRE**

**LA BONNE FOI CONTRACTUELLE :  
FONCTION ET RÉGIME**

**Sous la direction de Monsieur le Professeur Nicolas Balat**

**GAËTAN BURKHARDT**

Je remercie sincèrement mon directeur de mémoire, Monsieur le professeur Nicolas Balat pour son soutien et sa bienveillance tout au long de la réflexion et de la rédaction de ce mémoire. Ses conseils et questionnements auront été source de motivation et d'inspiration.

Je tiens également à remercier mes parents, ma grand-mère, Laurette et ma compagne, Elisa, qui ont activement contribué à la relecture et à l'amélioration de ce travail. De tout coeur, merci.

# **SOMMAIRE**

## **INTRODUCTION**

### **PREMIÈRE PARTIE**

#### **LA BONNE FOI CLASSIQUE, INSTRUMENT D'APPRÉCIATION DU COMPORTEMENT CONTRACTUEL**

##### **Chapitre 1 : La bonne foi mise en oeuvre, prescription d'un comportement loyal**

Section 1. La loyauté, corollaire constant de la bonne foi

Section 2. La coopération, corollaire émergent de la bonne foi

##### **Chapitre 2 : La bonne foi malmenée, sanction judiciaire du comportement déloyal**

Section 1. Une appréciation discrétionnaire du juge

Section 2. Des sanctions judiciaires plurielles

### **SECONDE PARTIE**

#### **LA BONNE FOI ÉMERGENTE, PRINCIPE IRRIGATEUR DE LA VIE CONTRACTUELLE**

##### **Chapitre 1 : La bonne foi, garante de la relation contractuelle**

Section 1. La bonne foi, instrument au service de la naissance du contrat

Section 2. La bonne foi, instrument au service de la pérennité contractuelle

##### **Chapitre 2 : La bonne foi, garante de la cohérence contractuelle**

Section 1. La bonne foi dans la détermination du contenu contractuel

Section 2. La bonne foi dans l'explicitation du contenu contractuel

## INTRODUCTION GÉNÉRALE

« *Liberté, égalité, fraternité* » telle est la devise de la République Française. Imprégnant notre histoire depuis la Révolution Française, adoptée pour la première fois durant la IIème République, elle est aujourd’hui inscrite à l’article 2 de la Constitution française de 1958<sup>1</sup>. Véritable guide moral du peuple, elle est le reflet des valeurs qui, en théorie, l’animent. Au-delà de sa place symbolique, cette devise s’applique aux institutions nationales comme l’autorité législative, qui semble trouver dans ce socle commun une inspiration guidant sa réflexion. C’est ainsi qu’en s’intéressant à la matière contractuelle, au droit des contrats nouvellement « réformé », on peut trouver un écho retentissant à ces trois valeurs.

Comme le souligne Dominique Fenouillet dans un article relatif aux valeurs morales dans le nouveau discours contractuel<sup>2</sup> (celui de l’ordonnance de réforme du droit des obligations), ce dernier se nourrit de « *valeurs classiques : liberté et égalité (dans l’ordre individuel)* ». La liberté contractuelle est affirmée depuis 1804 et ne semble pas avoir été mise à mal par la nouvelle réforme. Mieux, elle semble avoir été renforcée. Chaque contractant est libre de contracter avec le co-contractant de son choix et pour l’opération économique de son choix. Il s’agit là de la « raison de vivre » du contrat, outil permettant de répondre à toutes les attentes et assurant, malgré des limites certaines, une liberté d’action aux personnes souhaitant y recourir. Quant à l’égalité, il s’agit d’une égalité relative entre les individus, tant le jeu contractuel est intrinsèquement marqué par l’existence de déséquilibres. L’égalité vise à rétablir un certain équilibre via l’octroi de droits et de prérogatives jouant le rôle de contrepoids.

Reste alors la fraternité. C’est la valeur qui au premier abord ne va pas de soi au sein du droit des contrats, bras armé de la défense d’intérêts pour la plupart individuels. Si elle n’est pas une « *valeur classique* » du droit des contrats, elle semble être une valeur contemporaine, dans l’ère du temps, gagnant peu à peu du terrain. La fraternité au sens commun du terme désigne « *le lien de solidarité qui devrait unir tous les membres de la famille humaine* ». Adaptée à la matière contractuelle, elle peut représenter la confiance

---

<sup>1</sup> « (...) La devise de la République est « Liberté, Egalité, Fraternité ». », *Constitution du 4 octobre 1958*, Article 2, Legifrance (consulté le 10 mai 2019).

<sup>2</sup> FENOUILLET (D.), « Les valeurs morales », in « Le nouveau discours contractuel », *RDC* 2016, n°113, p.589, Résumé.

mutuelle que doivent s'accorder les contractants et les moyens qui leurs sont offerts pour y parvenir. Poussée à son paroxysme, il pourrait s'agir d'une solidarité contractuelle, d'une aide réciproque apportée par chaque contractant à l'autre. La fraternité est au service non pas de l'intérêt individuel mais de l'intérêt général. On retrouve cette idée au sein du nouveau discours contractuel comme le souligne Dominique Fenouillet. La « *vertu et la confiance* »<sup>3</sup> sont au sein de l'ordre collectif les deux valeurs principales ressortant des textes relatifs au contrat. Elle range au sein de la vertu : « *la loyauté, le civisme, la justice* »<sup>4</sup>... qui pourraient correspondre à l'idée d'une fraternité contractuelle, fraternité apprivoisée. La fraternité comme valeur du droit des contrats a surtout été invoquée par le courant solidariste, initié par Demogue, à tel point qu'elle a quitté la devise républicaine pour intégrer la « *nouvelle devise contractuelle* » proposée par Denis Mazeaud : « *Loyauté, solidarité, fraternité* »<sup>5</sup>.

Quoiqu'il en soit les deux premières valeurs, « *individuelles* », semblent contraster avec la seconde « *collective* », d'autant plus que les deux ne poursuivent pas nécessairement le même but, la même fonction. Ce contraste se traduit notamment dans le fait que depuis quelques temps, le droit des obligations est traversé par un souci d'équilibre. Souci d'équilibre entre d'une part la justice contractuelle, fer de lance de la doctrine solidariste, et teintée de fraternité, et d'autre part la sécurité contractuelle qui est primordiale à l'acte de prévision qu'est le contrat, primauté défendue par la doctrine libérale armée de la liberté contractuelle et de la force obligatoire. Je suis libre de m'engager, mais je serai ensuite lié et rien, ni personne, ne pourra venir influencer la lettre du contrat. Or, pousser le curseur dans un sens, c'est porter atteinte à l'autre et inversement. Par exemple, la justice contractuelle pourrait amener à venir modifier les termes du contrat pour le rendre plus juste, et cela remettrait nécessairement en cause la sécurité contractuelle. D'où la nécessité de trouver un équilibre. Le débat est ouvert en doctrine et il a sûrement trouvé sa « *crystallisation* »<sup>6</sup> au sein de la notion de bonne foi, d'autant plus depuis la réforme du droit des obligations. Véritable fer de lance de la doctrine solidariste, étendard de la morale au sein de la matière juridique, la

---

<sup>3</sup> *ibid.*

<sup>4</sup> *id.*, n°22 et suiv.

<sup>5</sup> MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : Dalloz, PUF, éditions du J.-Cl., 1999, p. 603 s.

<sup>6</sup> JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2016, spéc. Introduction.

bonne foi s'est trouvée consacrée à l'article 1104 du code civil, au sein des dispositions liminaires aux côtés principalement de la liberté contractuelle et de la force obligatoire. Pour les détracteurs de la bonne foi, cela pouvait laisser présager que la balance penchait toujours un peu plus en faveur de la justice contractuelle.

Cependant, réduire la bonne foi à un simple outil de justice contractuelle serait se limiter à son analyse solidariste tout en étant caricatural. Pouvant être perçue à la fois comme « *le bras armé de la loyauté* »<sup>7</sup> outil de justice contractuelle et comme « *gardienne de la confiance* »<sup>8</sup> nécessaire à la sécurité contractuelle, la bonne foi a un rôle ambigu et semble de manière intrinsèque contenir l'équilibre tant recherché au sein du droit des contrats. Il s'agit donc de laisser tomber les *a priori* et de s'intéresser à la manière dont elle interagit avec l'ensemble du domaine contractuel, les buts et fonctions qu'elle poursuit. Cela permettra d'éclaircir la fonction qu'elle occupe au sein du droit des contrats français, notamment depuis la réforme du droit des obligations opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, ratifiée par le Parlement avec la loi du 20 avril 2018.

En réalité, la bonne foi semble depuis toujours exister. Dans le droit romain, en premier lieu, on distinguait entre les contrats de *bonae fidei*, qui pouvaient faire l'objet d'une interprétation et les contrats *stricti juris* qui devaient être appliqués au pied de la lettre. On retrouvait donc d'un côté la possible interprétation et de l'autre le respect strict de la convention. L'interprétation était donc reliée à la bonne foi, et finalement ne s'en sera jamais séparée. Plus loin que la seule distinction entre deux types de contrat, on peut également se pencher sur l'étymologie de la *bonae fidei*, ancêtre de la bonne foi actuelle. Le dieu protecteur des contrats d'alors était *Deus Fidius*, dieu du serment et de la loyauté, issu d'un caractère propre de Jupiter. Et de manière anachronique, Messieurs Le Tourneau et Poumarède relèvent qu'on peut voir une certaine logique ici « *dans la mesure où Jupiter est maître de la foudre et de la lumière* ». De manière contemporaine, « *la bonne foi suppose la pleine clarté (la lumière) et celui qui la bafoue s'expose aux rigueurs de la justice (la foudre)* »<sup>9</sup>. Force est de constater qu'ainsi la boucle semble être bouclée. D'ailleurs, par la suite la bonne foi

---

<sup>7</sup> FENOUILLET (D.), « Les valeurs morales », in « Le nouveau discours contractuel », *RDC* 2016, n°113, p.589, §8.

<sup>8</sup> *ibid.*

<sup>9</sup> LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017, §6.

contractuelle a connu un parcours fait d' « *éclipse(s) et de renaissance(s)* »<sup>10</sup>. Yvon Loussouarn, lors de journées d'études consacrées à la notion a affirmé qu'elle était devenue un « *principe général du droit, appelé à vivifier les institutions ou mécanismes juridiques, à inspirer ou infléchir des solutions. C'est un régulateur des relations juridiques* »<sup>11</sup>. Fort de cette analyse, de ce constat, il convient désormais de savoir de quoi il s'agit réellement.

Qu'est-ce que la bonne foi, au sens juridique ? La question est pertinente, tout d'abord parce qu'elle fait l'objet de cette étude mais également car la réponse est variable selon les circonstances et les matières. Au sens littéral du terme, la bonne foi est « *l'état d'esprit de quelqu'un de sincère, loyal* »<sup>12</sup> ou encore « *la qualité d'une personne qui parle, agit, avec une intention droite, avec la conviction d'obéir à sa conscience, d'être fidèle à ses obligations* »<sup>13</sup>. Or, une fois n'est pas coutume, on ne peut se contenter de ces définitions triviales. Si le monde juridique peut reprendre certains éléments du lexique commun, il ne peut s'empêcher de les transformer et de les adapter pour en faire des outils adéquats et efficaces. Seulement, face à la bonne foi on peut au premier abord se sentir démunis : aucune définition n'a été donnée par le législateur, pas plus hier qu'aujourd'hui. En réalité, la bonne foi n'est pas singulière mais plurielle, et de ce fait, pas univoque mais équivoque.

Derrière cette terminologie de bonne foi se cachent deux acceptions indépendantes. On a une polysémie interne, dont chacune des significations est distincte l'une de l'autre. C'est une notion duale. Malgré cela, le terme est utilisé indifféremment et le contexte permet de connaître la signification adéquate. En droit comparé, il existe souvent des termes distincts pour parler de l'une et de l'autre signification, mais le droit français n'a pas emprunté cette voie. L'analyse de la bonne foi à la lumière du droit comparé est parfois réfutée, mais il s'agira ici de la retenir pour identifier plus précisément ce qu'est la bonne foi contractuelle. Cette analyse permet de dissocier deux « types » de bonne foi : la bonne foi subjective et la

---

<sup>10</sup> COHEN (D.), « La bonne foi contractuelle : *éclipse et renaissance* », in *1804-2004 - Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris : Dalloz, 2004, p.517 et suiv.

<sup>11</sup> LOUSSOUARN (Y.), « Rapport de synthèse », in *La bonne foi journées Louisianaises*, Paris : Litec, 1994, p.7 et suiv.

<sup>12</sup> EDITIONS LAROUSSE, « Bonne foi, mauvaise foi », *Dictionnaire Larousse* (en ligne : [larousse.fr](http://larousse.fr)).

<sup>13</sup> EDITIONS LE ROBERT, « Bonne foi », *Dictionnaire Le Petit Robert de la langue française*, Paris, 2019.

bonne foi objective. Ces deux aspects ont notamment été mis en avant par la doctrine allemande

La bonne foi subjective c'est la croyance erronée du droit des biens. Croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière, qui repose sur la théorie de l'apparence. Un individu croit en une situation qui n'existe pas réellement et agit en conséquence de cette croyance. Il réalise un acte « illégal » mais ne le fait pas volontairement. Il le fait car il croit être dans son droit. On dit à ce moment-là qu'il est de « bonne foi » car il ignore la réalité mais a des raisons de l'ignorer. Il peut par exemple ignorer l'obstacle légal qui ne peut donner plein effet juridique à la situation. Cette croyance erronée à « *en quelque sorte un rôle exonératoire* »<sup>14</sup> dans la mesure où elle peut tenir en échec l'action du titulaire d'un droit. Cela peut permettre à l'individu d'éviter une sanction voire même dans certains cas lui permettant de conserver le droit acquis. C'est ce que les allemands connaissent sous le terme de *Guter Glaube*. On parle de bonne foi subjective ou psychologique car elle repose sur l'individu et sur son appréciation *in concreto* de la situation. Tout repose sur son point de vue, sur la représentation subjective qu'il se fait d'une situation, représentation erronée mais de manière légitime. Cette bonne foi subjective, on la retrouve réglementée en droit des biens, mais également en droit de la famille (mariage putatif, héritiers apparents) ou encore en droit fiscal. Elle est peu présente en droit des contrats.

La bonne foi objective quant à elle c'est « *la règle de comportement qui suppose tant l'absence de mauvaise foi qu'une conduite active* »<sup>15</sup>. On est dans la bonne foi-loyauté, la bonne foi règle de comportement. Cette fois-ci, elle est qualifiée d'objective car elle ne concerne pas l'individu et sa croyance, mais l'individu et son comportement qui peut être apprécié de l'extérieur par le juge en le comparant *in abstracto* à des standards juridiques (par exemple la personne raisonnable anciennement bon père de famille, le bon contractant). Il s'agit ici de la bonne foi standard d'appréciation du comportement contractuel. *A contrario* de la bonne foi psychologique, il s'agit ici d'une bonne foi plus « physique », liée au comportement. On attend du contractant qu'il soit de bonne foi dans l'exécution de ses obligations et s'il ne l'est pas, sa mauvaise foi est sanctionnée. Être de bonne foi ici, c'est se comporter comme un individu loyal et sans intention malveillante. En droit allemand, c'est la

---

<sup>14</sup> LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017, §3.

<sup>15</sup> *ibid.*



*Treu und Glauben*, qui signifie littéralement fidélité et confiance. Le comportement de bonne foi de l'individu dans l'exécution de ses obligations contractuelles permet de créer et nourrir cette fidélité et cette confiance. Cette bonne foi trouve son siège au sein du droit des contrats, anciennement l'article 1134 alinéa 3 et désormais l'article 1104 du Code civil. La bonne foi loyauté-confiance est ce que l'on pourrait appeler la bonne foi contractuelle. C'est d'ailleurs en réalisant cette distinction entre bonne foi subjective et bonne foi objective que Rita Jabbour<sup>16</sup> ou encore Pascal Ancel<sup>17</sup> associent cette dernière à la bonne foi contractuelle. Yves Picod quant à lui évoque cette distinction mais préfère retenir qu'il serait préférable de parler « *d'exigence de loyauté* »<sup>18</sup> pour éviter toute confusion.

Il convient d'ores et déjà d'exclure la première acception de la bonne foi, la bonne foi subjective, de notre étude. Ce travail de recherche s'intéressera à la bonne foi contractuelle, bonne foi objective, qui est rattachée à la loyauté et qui est utilisée pour s'intéresser au comportement des contractants, principalement dans l'exécution de leurs obligations. Ainsi, le terme bonne foi employé au sein des développements fera directement référence à cette bonne foi objective.

Désormais, qu'est-ce que la bonne foi contractuelle ? À titre liminaire, on peut constater que cette notion est au carrefour de plusieurs autres. Certains parlent indifféremment de : loyauté, morale, équité, fidélité, etc... Néanmoins, la matière juridique est rarement enjouée de synonymes. Si aucun n'a tort, tous ont raison, du moins en partie. La bonne foi est en réalité une notion « *caméléon* »<sup>19</sup> qui mue au fil du temps et selon son environnement. Il s'agit de la pièce manquante d'un puzzle juridique qui change pour s'adapter aux pièces voisines ou, pour finir avec une métaphore ludique, la pièce multicolore d'un Rubik's Cube qui trouverait sa place au sein de chaque face. On ne sait pas qui elle est, ou du moins, elle n'a

---

<sup>16</sup> JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2016.

<sup>17</sup> ANCEL (P.), *Droit des obligations en 12 thèmes*, Séquences, 1ère éd., Paris : Dalloz, 2018, p.66-67.

<sup>18</sup> PICOD (Y.), « Exécution de bonne foi des conventions », *J.-Cl. Civ.*, 2013, Art. 1134 et 1135, n°5.

<sup>19</sup> LOUSSOUARN (Y.), « Rapport de synthèse », in *La bonne foi journées Louisianaises*, Paris : Litec, 1994, p.7 et suivantes.

pas la même identité selon le domaine dans lequel elle intervient. Elle paraît impossible à définir précisément car il s'agit d' « *un standard teinté de considérations morales* »<sup>20</sup>.

Concernant son lien avec la morale, la bonne foi est sûrement la notion qui permet de faire un lien direct entre droit et morale. Elle est aujourd'hui « *l'outre que le droit utilise pour puiser dans la morale* »<sup>21</sup>. Depuis toujours la bonne foi, mais plus précisément par effet miroir, la mauvaise foi a été le moyen de s'intéresser à la place de la morale au sein de la matière juridique. Être de mauvaise foi est d'ailleurs souvent synonyme d'être immoral. Par exemple Ripert dans son célèbre ouvrage *La règle morale dans les obligations civiles*<sup>22</sup> voyait dans la bonne foi un perfectionnement du droit civil, parce qu'il permettait d'accueillir la règle morale au sein de la matière juridique. Ainsi, la bonne foi permet d'aller au-delà du juridico-juridique et ouvre la porte à d'autres horizons moins objectifs. Encore faut-il savoir ce que l'on entend par morale. Il ne s'agit pas réellement de la morale des bonnes mœurs, de la morale au sens commun du terme mais plutôt d'une morale qualifiée d' « *édulcorée* » par Messieurs Le Tourneau et Poumarède<sup>23</sup>, c'est-à-dire suivie par intérêt. En effet, il ne s'agit pas de la morale comme vertu, au sens de la règle de conduite que doit suivre tout individu, mais plutôt d'une morale utilitariste. Le contractant est bon et ce pas simplement par bonté d'âme. Ce n'est pas de manière vertueuse que le contractant est de bonne foi, qu'il respecte la morale contractuelle, mais parce qu'en agissant ainsi il attend quelque chose en retour : continuer la relation établie, avoir la confiance des prêteurs, avoir une bonne réputation, etc... Être de bonne foi aujourd'hui sera utile demain. C'est d'ailleurs pour cela que la morale est entrée via la bonne foi au sein du droit des contrats, c'est parce qu'elle est utilisée de manière à servir les intérêts des co-contractants. La bonne foi a donc un lien avec la morale, c'est une question de fait et non pas de droit. On juge le comportement d'un homme par rapport à un point de comparaison : c'est un standard juridique.

Si la doctrine est souvent divisée sur la notion de bonne foi, ce n'est pas sur l'affirmation précédente. La bonne foi est le standard juridique par excellence. De manière

---

<sup>20</sup> COHEN (D.), « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804-2004 - Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris : Dalloz, 2004, p.519.

<sup>21</sup> JARRROSSON (C.) cité par LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.) in « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017, §11.

<sup>22</sup> RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, Anthologie du droit, Paris : LGDJ, 2014, n°157.

<sup>23</sup> LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017, §12.

synthétique, on peut d'ores et déjà noter qu'un standard juridique est un outil juridique, sans définition précise, au service du juge et qui lui permet d'apprécier une situation, le plus souvent en faisant un renvoi à un comportement correspondant à ce qui est communément admis. Il sert de référence au juge. Par exemple, on a les bonnes moeurs, la personne raisonnable. C'est une notion floue et évolutive, mais surtout malléable pour le juge qui peut l'adapter à chaque situation. Le standard juridique lui permet encore plus de faire jouer son pouvoir souverain d'appréciation. C'est d'ailleurs ce caractère de standard qui fait que la bonne foi n'a sûrement pas de définition : il ne faut pas « *limiter les potentialités d'interprétation judiciaire* »<sup>24</sup> comme le soulignent Messieurs Chantepie et Latina. Cette idée d'interprétation maximale du juge via l'utilisation des standards permet de s'assurer d'une meilleure individualisation du cas d'espèce. On va regarder les faits comme ils sont. C'est là peut être toute la force mais également toute la faiblesse du standard juridique.

De plus, la place qu'il laisse à l'interprétation judiciaire fait que cet outil est surtout destiné au juge et n'est pas vraiment la préoccupation des parties. Cependant, elles ne peuvent pas le négliger et ne peuvent pas arguer du fait que la bonne foi n'était pas prévue dans le contrat. Elle est sous entendue, implicite : elle va de soi comme le souligne Domat : « *il n'est aucune convention où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi avec tous les effets que l'équité peut y demander* »<sup>25</sup>. Allant dans ce sens, la cour de cassation, dans un arrêt de 2012 a rappelé que « *nul ne saurait voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas rappelé à une partie ce principe de bonne foi élémentaire ou les conséquences de sa transgression* »<sup>26</sup>. Cela explique une fois de plus que la bonne foi figure au sein du contrat et ce quoi qu'il en soit, on ne peut pas l'écarter. Cela explique qu'il y ait très peu de références à la bonne foi dans la lettre des contrats, c'est un principe « *élémentaire et incontestable* »<sup>27</sup>.

Après avoir étudié les inspirations de la notion, ses contours, il convient de savoir ce qu'elle contient, ce qui la compose. En réalité, si l'on est entré dans son analyse via des

---

<sup>24</sup> CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations - Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, 2ème éd., Paris : Dalloz, 2018, p.100.

<sup>25</sup> DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1767 cité par LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.) in « Bonne foi », Répertoire droit civ., Paris : Dalloz, 2017, §8.

<sup>26</sup> Cass., 1ère Civ., 31 oct. 2012, n°11-15.529 : obs. FAGES (B.), *RTD Civ.*, 2013, p.109.

<sup>27</sup> AYNÈS (L.), Préface de *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, thèse de JABBOUR (R.), Bibliothèque de droit privé, Tome 573, Paris : LGDJ, 2016.

définitions au spectre large, des rattachements à certaines notions, c'est parce que la bonne foi n'est jamais définie : elle est toujours comparée à d'autres notions telles que la loyauté, la fidélité, la confiance, etc... Ainsi, s'il est facile de dire que « *la bonne foi c'est ça* », d'énumérer ce qu'on lui rattache, il est difficile de dire « *ça c'est la bonne foi* », d'en donner une définition précise. Tout le monde sait ce qu'est la bonne foi mais personne n'est capable de la définir de manière pertinente et universelle. Cela pourrait se rapprocher de ce que Charles Eisenmann appelait une notion induite : notion que l'on utilise de manière régulière sans pouvoir en donner une définition précise. La difficulté tient au fait que la bonne foi est un concept unitaire aux facettes multiples. On lui rattache de nombreuses notions qui la composent sans jamais pouvoir trouver un point commun qui unit le tout et qui permettrait d'en donner une définition claire et précise. En utilisant une métaphore arboricole, on pourrait ainsi dire que la bonne foi est une souche qui réunit plusieurs branches éparses que peuvent être la sincérité, la fidélité, la loyauté et qui ensemble forment un arbre florissant dont l'ombre est utilisée par le juge pour statuer. Cependant, il faut faire attention avec ce genre de concept à multiples facettes, de concept flou qui permet de regrouper plusieurs notions. Si cela peut représenter un atout dans son utilisation, il ne faut pas nier les inconvénients. Le droit n'est pas adepte de l'imprécision et pour Laurent Aynès, il faut se méfier de la bonne foi imprécise qui pourrait accueillir en son sein de nombreuses autres notions. Il ne faudrait pas qu'elle puisse devenir « *l'auberge espagnole dans laquelle se réfugient tous les déçus du droit* »<sup>28</sup>. Cette affirmation permet de prendre conscience du risque d'une notion juridique trop large, imprécise, qui permettrait à tout un chacun de l'utiliser pour servir les intérêts qu'il défend. Force est néanmoins de constater que les notions rattachées à la bonne foi sont toujours identiques et cohérentes avec son esprit, de sorte que l'auberge espagnole ne semble pas afficher complet.

La première des notions qui est rattachée à la bonne foi et même parfois confondue avec, c'est la loyauté. C'est une des composantes de la bonne foi. On parle d'ailleurs parfois de bonne foi-loyauté pour faire référence à la bonne foi contractuelle. La loyauté, c'est la « *fidélité manifestée par la conduite aux engagements pris, au respect des règles de l'honneur et de la probité* »<sup>29</sup>. On retrouve dans cette définition, l'idée d'un comportement, d'une

---

<sup>28</sup> AYNÈS (L.), « Bonne foi : vers une déontologie contractuelle », in « Juin-Décembre 2005 : vers une consolidation des tendances antérieures », *Dr. et pat.*, 1er janv. 2006, n°144, I.

<sup>29</sup> EDITIONS LAROUSSE, « Loyauté », *Dictionnaire Larousse* (en ligne : [larousse.fr](http://larousse.fr)).

conduite qui ne sont pas indifférents à la bonne foi. La bonne foi contractuelle, c'est le fait de jauger un comportement. La loyauté est un comportement qui est attendu dans le monde contractuel : lorsque je m'engage, je m'engage à être loyal vis-à-vis de mon cocontractant dans la conclusion et l'exécution de mon contrat. C'est dans l'attente de la loyauté que naît sûrement la confiance en son co-contractant. De cette manière, une relation pérenne pourra naître. La loyauté est au service de la relation contractuelle. Néanmoins, certains auteurs se sont questionnés sur le fait que la loyauté soit une composante de la bonne foi. En effet, Laurent Aynès s'est intéressé à l'obligation de loyauté dans une étude datant de 2000. Il a considéré que l'obligation de loyauté était indépendante et non pas intégrée à la bonne foi pour en étudier son régime. Il n'a pas cependant nié le lien existant avec la notion, il les a comparées. Selon lui, la loyauté a des liens « *étroits* » avec la notion de bonne foi « *encore que la loyauté déborde largement les frontières de l'exécution du seul contrat* »<sup>30</sup>. De manière synthétique, il insiste donc sur le fait que la loyauté est plus vaste que la bonne foi, qui ne concerne que l'exécution du contrat. Pour l'exécution du contrat, donc, la loyauté peut être rapprochée de la bonne foi. En dehors, la loyauté est une obligation à part entière. D'ailleurs, Rita Jabbour, dans sa thèse plus récente consacrée à la bonne foi dans l'exécution du contrat, préfacé par Laurent Aynès reprend le même raisonnement que son directeur de thèse. Selon elle, la bonne foi est une « *norme spécifique de comportement, propre à une période précise de la vie de la convention, son exécution (...). Le comportement loyal à l'égard du futur ou ancien partenaire se distingue de la bonne foi* »<sup>31</sup>. La loyauté est une norme plus étendue que la bonne foi, plus générale. Or, cette analyse est peut-être aujourd'hui désuète, et la bonne foi s'est rapprochée un peu plus de la loyauté avec la réforme du droit des contrats. L'article 1104 du Code civil concerne désormais la négociation, la formation et l'exécution du contrat. La bonne foi imprègne un peu plus la vie contractuelle et empiète désormais le champ de la loyauté. Cette dernière perd de son autonomie et intègre un peu plus le concept de bonne foi.

Une autre notion proche et qui est aussi rattachée à la bonne foi, c'est l'équité. L'équité, c'est « *la réalisation suprême de la justice, allant parfois au-delà de ce que prescrit*

---

<sup>30</sup> AYNÈS (L.), « L'obligation de loyauté », in *L'obligation*, Archives de philosophie du droit, Tome 44, Paris : Dalloz, 2000, p.198.

<sup>31</sup> JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2016, p.4.

la loi »<sup>32</sup>. C'est un outil au service du juge qui au lieu de statuer en droit, statue en équité. Invoquer l'équité permet en droit positif « *soit de faire prévaloir l'égalité dans les rapports d'échange, soit d'écarter ou assouplir la règle applicable à l'espèce* »<sup>33</sup>. On voit le lien qui peut être fait avec la bonne foi : l'équité poursuit un objectif de justice, comme la bonne foi contractuelle et elle permet de venir influencer la règle applicable, modifier ce qui semble acquis au nom même de cette recherche de justice. L'équité est un concept moral, comme la bonne foi, qui permet « *de ne pas laisser jouer aveuglément les techniques juridiques aux dépens de l'honnêteté* »<sup>34</sup>. L'équité complète la bonne foi et inversement. Mais, en réalité, les deux notions ne semblent pas réellement jouer de la même manière dans le champ contractuel. En effet, la bonne foi est relative à « *la manière d'exécuter* »<sup>35</sup> les obligations contractuelles c'est-à-dire en recherchant si le comportement du co-contractant est conforme à ce qui est attendu, juste. L'équité quant à elle s'intéresse plutôt à la « *matière à exécuter* »<sup>36</sup>, c'est-à-dire aux obligations contractuelles elles-mêmes en s'intéressant au fait de savoir si ces obligations sont justes ou si en raison d'un idéal de justice et d'égalité il ne faudrait pas les modifier. De manière synthétique, on pourrait dire que les deux notions poursuivent le même but, le même idéal mais l'une dans le comportement, l'autre dans les obligations elles-mêmes.

Si la loyauté et l'équité semble être intimement liées à la bonne foi malgré quelques différences existantes, il convient aussi de s'intéresser aux autres notions, peut-être moins prégnantes qui semblent tout de même s'y rattacher. En effet, la bonne foi est une notion à plusieurs vitesses qui n'a pas toujours la même intensité, ni la même signification. En fonction des différents contrats, elle sera synonyme de notions plus ou moins contraignantes. Par exemple, dans les contrats *intuitu personae*, elle prendra une intensité proche de la loyauté dans la mesure où le contrat existe en raison de la personne du co-contractant, pour ses qualités. De sorte que la bonne foi est à son maximum. Au contraire, dans d'autres contrats, le juge pourra faire varier l'intensité et exiger un comportement des contractants moins contraignant. Quoiqu'il en soit, si elle varie d'intensité, tous sont d'accord pour faire entrer

---

<sup>32</sup> *Lexique des termes juridiques 2018-2019*, « Équité », 26ème éd., Paris : Dalloz, 2018, p.453.

<sup>33</sup> *ibid.*

<sup>34</sup> BÉNABENT (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat », in *La bonne foi - Journées Louisianaises*, Association Henri Capitant, Tome 43, Paris : Litec, 1994, p. 293 et s.

<sup>35</sup> LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017, §23.

<sup>36</sup> *ibid.*

dans la bonne foi, en plus de la loyauté ou de l'équité d'autres notions : la fidélité (dont l'origine étymologique *fides* est celle que l'on retrouve dans la *bonae fides* du droit romain), la sincérité, la transparence, la confiance, la cohérence parfois même, etc... Ces notions rattachées à la bonne foi sont souvent le fruit du juge lui-même qui dans l'appréciation de la mauvaise foi explicite ce qui était attendu de l'individu. Par exemple, le contractant a agi de mauvaise foi car il n'a pas exécuté le contrat avec la sincérité attendue. Dans une analyse *a contrario*, cela permet de savoir ce qui compose la bonne foi. Les notions rattachées à celle-ci tournent donc autour de la loyauté mais aussi d'un certain sens de l'honneur, du respect de la parole donnée dans les actes mais permettent aussi de s'assurer de relations contractuelles justes et respectueuses des intérêts de chacun, dans un monde contractuel où la majorité des acteurs cherchent à protéger leurs intérêts. Ils sont légitimes à le faire mais doivent le faire dans les règles du jeu et dans le respect de l'adversaire. Les composantes de la bonne foi, découvertes au fur et à mesure de l'interprétation judiciaire permettent de s'en assurer.

La notion de bonne foi contractuelle et sa définition juridique étant mieux cernées, il faut s'intéresser à la place qu'elle occupe dans le système juridique.

Force est de constater que si sa définition n'est pas chose aisée, il en va de même pour sa nature juridique. En effet, la bonne foi a d'abord été utilisée comme un outil de distinction de types de contrats (en droit romain). Bien plus tard, elle est devenue avec le code civil napoléonien un principe d'exécution des contrats (ancien article 1134 al.3 du code civil) qui au départ était peu usité et restait dans l'ombre. Ce n'est que depuis quelques années qu'elle a suscité un intérêt accru grâce notamment à la doctrine solidariste et à l'interprétation judiciaire qui en a fait un véritable outil d'appréciation du comportement contractuel. C'est pourquoi, Daniel Cohen parlait « *d'éclipse et de renaissance* »<sup>37</sup>. C'est cette montée en puissance de la bonne foi dans le domaine contractuel qui conduit à s'intéresser de plus près à cette notion.

Concernant sa nature, une controverse doctrinale existe. La question consiste à savoir si la bonne foi contractuelle est un devoir, une norme de comportement ou s'il s'agit d'une obligation. La qualification de la bonne foi comme obligation contractuelle aurait des conséquences sur son régime puisqu'elle suivrait alors les règles relatives aux obligations

---

<sup>37</sup> COHEN (D.), « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804-2004 - Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris : Dalloz, 2004, p.517 et suiv.

dans le droit des contrats : opposabilité, responsabilité, etc... La jurisprudence semble elle-même hésiter concernant la responsabilité et la qualification. On trouve parfois la qualification d'obligation, parfois non. Le juriste aime ranger les choses dans des catégories mais la bonne foi semble ne pas entrer dans une case précise. La question est d'autant plus importante que la bonne foi semble inspirer d'autres obligations en droit des contrats, obligations qui semblent avoir pris depuis leur autonomie, au moins doctrinale : obligation d'information, obligation de loyauté, obligation de coopération, etc... Or, ce n'est pas parce que des obligations au sens juridique du terme découlent d'une notion que celle-ci est forcément une obligation. En réalité, la bonne foi serait plutôt « *la colonne vertébrale des obligations* »<sup>38</sup> susmentionnées qu'une obligation à part entière. La plupart des auteurs font donc pencher la balance vers la qualification de norme comportementale, un devoir contractuel incombant à chacun. Laurent Aynès considère la bonne foi, plus précisément l'obligation de loyauté, comme une obligation civile qui a le nom d'obligation certes, mais qui ne crée pas de « *véritable rapport d'obligation* »<sup>39</sup>. Il s'agit d'une obligation au sens d'une norme comportementale à respecter mais qui n'est pas issue du contrat, qui n'engage pas l'un envers l'autre. Tous les contractants ont pour obligation de respecter ce devoir qu'est la bonne foi. Madame Fabre-Magnan quant à elle voit en la bonne foi une notion qui impose des comportements, pour elle la bonne foi est « *une façon d'exécuter une obligation, plus qu'une obligation* »<sup>40</sup>. On retrouve là l'idée que la bonne foi a un lien avec les obligations, elle impose une manière de les exécuter, mais n'est pas pour autant une obligation. Le contrat n'est pas le support de la bonne foi, n'en est pas le créateur mais au contraire le champ d'application. Le contrat ne donne pas naissance à la bonne foi, c'est la bonne foi qui voit la naissance du contrat et qui vient l'accompagner tout au long de sa vie juridique. Ainsi, la bonne foi contractuelle, standard juridique, n'est pas une obligation, mais un devoir général, une norme de comportement qu'il faut respecter en fonction du contrat. On peut envisager qu'elle devienne une obligation si les parties s'engagent à aller plus loin que la bonne foi classique en créant une obligation spécifique de loyauté, de collaboration, ou de fidélité. Mais

---

<sup>38</sup> MEKKI (M.), « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015, p.816.

<sup>39</sup> AYNÈS (L.), « L'obligation de loyauté », *in L'obligation*, Archives de philosophie du droit, Tome 44, Paris : Dalloz, 2000, p.195.

<sup>40</sup> FABRE-MAGNAN (M.), « Le devoir d'information : essai de tableau général après la réforme », *JCP*, 2016, p.706.



à ce moment-là, ce ne serait plus la bonne foi mais un de ses dérivés qui en aurait alors l'essence mais plus le nom. Ce serait une bonne foi d'une intensité plus forte.

La nature de la bonne foi fait débat, si de l'extérieur les choses semblent facile à analyser, on se rend compte que passées au microscope les questions sont nombreuses. Or, de la nature découle en principe le régime. Cependant, la bonne foi étant plurielle et évolutive selon les cas de figure rencontrés, il semble que la définition de sa nature, complexe et variable, ne nous aide pas à éclairer précisément son régime. C'est la raison pour laquelle il faut passer par une autre approche en analysant ses fonctions, qui elles, semblent venir éclaircir ses éléments de régime.

L'intérêt du sujet repose donc sur le fait de s'intéresser aux fonctions de la bonne foi, aux rôles qu'elle joue au sein du droit des contrats pour mieux comprendre son régime. Ce dernier est dépendant du rôle que l'on souhaite faire jouer à la bonne foi. Ces fonctions qui lui sont assignées évoluent. La bonne foi contractuelle n'est plus laissée pour compte puisqu'elle a connu un essor important depuis une quinzaine d'années. Les théoriciens et la pratique s'y sont intéressés et ont commencé à lui donner de plus en plus d'importance comme cela a déjà été évoqué. Désormais, il faut composer avec la bonne foi lorsqu'on évolue au sein du droit des contrats. La notion, sous l'impulsion de cet essor a connu deux mutations importantes, lui faisant jouer un rôle toujours plus important. Tout d'abord, on a eu une extension de son champ d'application faisant passer la bonne foi de la simple exécution du contrat à sa formation et sa conclusion. Cette extension n'a fait qu'accroître la mainmise de la bonne foi sur le droit des contrats, étendant son large manteau à la majorité de la vie contractuelle. Ensuite, la bonne foi a changé de nature. Elle est passée d'une « obligation » négative : ne pas être de mauvaise foi, à une « obligation » positive : être de bonne foi. Ce changement n'est pas seulement syntaxique, cela modifie la façon d'apprécier la situation. D'une absence de comportement, on exige un comportement effectif. Cela signifie qu'il faut regarder *in concreto* comment l'individu a agi et chaque contractant doit désormais faire attention à son comportement et même plus, agir positivement pour ne pas se voir reprocher une absence de comportement. Là aussi, cette mutation en obligation positive a un impact sur la fonction de la bonne foi. Elle entre dans le monde contractuel par la grande porte et devra désormais être mise en oeuvre concrètement par les individus. D'un garde-fou inerte, elle devient un

mécanisme dynamique qui entre dans la relation contractuelle comme une « obligation » d'agir positivement dans l'exécution du contrat. Si ces mutations venaient déjà faire jouer de nouveaux rôles à la bonne foi contractuelle, cette (r)évolution a été parachevée avec la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations réalisée par l'ordonnance en date du 10 février 2016 ratifiée par la loi du 20 avril 2018.

Cette réforme a donné de l'importance à la notion de bonne foi et lui a redéfini une place nouvelle, venant renforcer le rôle qu'elle sera amenée à jouer. C'est cette réforme qui justifie de porter un regard nouveau sur la notion et d'y consacrer ce travail. Avec cette réforme, la bonne foi a déménagé de sa position de locataire auprès de la force obligatoire (ancien article 1134 al.3 du code civil) pour s'émanciper et devenir propriétaire à l'article 1104 du code civil. Ce changement de place au sein du code civil est significatif : tout d'abord elle est désormais autonome, ne dépend plus de la force obligatoire et ensuite, elle trône désormais au sein des dispositions liminaires comme une notion primordiale du droit des contrats. Cela montre l'évolution de la place de cette notion. Au départ nommés principes directeurs<sup>41</sup>, ces premiers articles relatifs au droit des contrats ont été renommés par la suite dispositions liminaires, pour éviter toute confusion avec les principes généraux du droit et leur régime et ne pas en faire un outil de technique contractuelle s'imposant à l'ensemble de la matière. Leur portée concerne essentiellement la politique juridique : les dispositions liminaires sont les principales valeurs véhiculées par le droit des contrats et qui le soutiennent. C'est en quelque sorte le socle fondamental du droit des contrats : liberté contractuelle, force obligatoire, bonne foi et principe de répartition entre droit commun et droit spécial. La bonne foi fait partie de ce socle commun et cette place nouvelle lui donne ainsi plus d'importance, confirmant qu'elle a désormais un rôle majeur à jouer, des fonctions à assumer, qui sont l'objet de la présente étude. La nouvelle trilogie contractuelle, voire tétralogie contractuelle est intéressante pour la place qu'elle laisse à la bonne foi. Si la liberté contractuelle et la force obligatoire semblent se compléter, visant la sécurité juridique, la bonne foi agit comme le tempérament aux deux premières, venant les enserrer dans un parfum de « morale juridique » dans le but de se diriger vers une certaine forme de justice contractuelle. On peut aussi noter que le législateur a choisi de ne pas donner de définition à

---

<sup>41</sup> V. sur cette notion : GOUBINAT (M.), *Les principes directeurs du droit des contrats*, dir. BROS (S.), Université de Grenoble Alpes, 2016 (disponible en ligne : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01392405>).

la bonne foi pour lui permettre de toujours occuper un spectre large allant « *de la sanction de la mauvaise foi à l'imposition d'obligations positives pour les parties* »<sup>42</sup>. La bonne foi est d'ailleurs par la suite reprise par certains textes qui réaffirment le souci d'en faire un outil primordial du droit des contrats. Un principe affirmé et par la suite, confirmé.

La nouvelle place de la bonne foi s'accompagne d'une redéfinition de son champ d'application. De la simple exécution du contrat (ancien article 1134 al.3 du code civil), le législateur confirme la tendance jurisprudentielle et doctrinale en lui assignant une nouvelle devise : « *négociation, formation, exécution* »<sup>43</sup>. Cette extension du champ d'application n'est pas anodine et vient assigner à la bonne foi de nouvelles fonctions, de nouveaux buts, en fonction du moment où elle intervient. Ainsi, pour Messieurs Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck<sup>44</sup>, la bonne foi permet de protéger la volonté du contractant qui s'engage en connaissance de cause lors de la négociation et de la formation du contrat et elle permet de préserver l'effet utile du contrat lors de son exécution. Elle devient un véritable outil contractuel, tant dans la formation du contrat que dans son exécution.

À côté de l'article 1104 du Code civil, certaines autres notions consacrées par la réforme du droit des contrats semblent avoir été infusées par le souci d' « *utilité économique et de justice sociale* »<sup>45</sup> que poursuit la bonne foi. Par exemple, pour ne citer qu'elle, l'obligation d'information lors des négociations semble poursuivre cet objectif d'un comportement loyal, transparent vis à vis de son co-contractant. Elle a été consacrée par la réforme au sein de l'article 1112-1 du code civil, mais elle n'était pas inconnue de la pratique ou de la doctrine. Cette consécration ainsi que celle d'autres mécanismes et notions font qu'ils s'émancipent, s'autonomisent de l'idée de bonne foi au sein de la relation contractuelle, exigence de bonne foi qui est souvent à la base de leur création. L'élève finit ainsi par se retrouver l'égal du maître. La bonne foi a alors ici une fonction de politique juridique à jouer,

---

<sup>42</sup> CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations - Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, 2ème éd., Paris : Dalloz, 2018, p.100, n°103.

<sup>43</sup> Article 1104 du Code civil : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi (al. 1). Cette disposition est d'ordre public (al. 2)* ».

<sup>44</sup> MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, Collection Droit civil, 9ème édition, Paris : LGDJ, 2017, 897p.

<sup>45</sup> COHEN (D.), « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804-2004 - Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris : Dalloz, 2004, p.519.

permettant la naissance de mécanismes qui sont voués à trouver une place au sein du droit des contrats et en infusant ce dernier de son esprit de justice contractuelle.

Si la nouvelle bonne foi contractuelle semble avoir un pied dans son passé, prenant en compte l'héritage qu'elle a laissé depuis son essor dans les années 80, elle semble malgré tout avoir le regard tourné vers un avenir, qui lui semble favorable, en raison des nouvelles fonctions qu'elle sera possiblement amenée à jouer. L'extension de son champ d'application en font un outil de technique contractuelle omniprésent dans la vie du contrat, modifiant ainsi le régime de cette notion qui ne sera plus seulement vouée à être invoquée lors de l'exécution mais dès les négociations contractuelles. La bonne foi ne jouera pas forcément le même rôle, la même fonction selon la période de la vie du contrat dans laquelle elle est invoquée. De plus, sa fonction inspiratrice permettra de renforcer l'idée d'une justice contractuelle au sein d'une matière cherchant à concilier les intérêts individuels, posant alors les bases d'une nouvelle politique juridique laissant une place plus grande à la « *fraternité* ».

Ainsi, de quelle manière les fonctions attribuées à la bonne foi contractuelle éclairent-elles son régime ?

En réalité, la question se pose aujourd'hui dans la mesure où la réforme du droit des contrats de 2016 est venue rebattre les cartes d'une notion bicentenaire découverte que récemment. Si elle avait déjà été étudiée sous toutes les coutures, force est de constater que ses habits sont nouveaux et qu'ils méritent qu'on y prête attention. La réforme ne se contente pas seulement de mettre la bonne foi à une place privilégiée et à étendre officiellement son champ d'application. Il se peut qu'elle vienne redessiner le régime qui lui était alors associé en raison des fonctions qu'elles souhaitent lui attribuer. Le nouveau texte tant dans sa place que dans son contenu permet d'analyser d'un nouveau point de vue la bonne foi contractuelle et d'en dresser un portrait inédit.

Si la bonne foi contractuelle, au sens classique, est toujours un instrument d'appréciation du comportement contractuel (**Première partie**), il se peut qu'elle devienne un principe irrigateur de la vie contractuelle (**Seconde partie**).

## PREMIÈRE PARTIE :

### La bonne foi classique, instrument d'appréciation du comportement contractuel

La bonne foi « *doit être un mode de vie, un comportement continu guidant les faits et gestes de toutes les parties contractantes, du début de leurs rapports, jusqu'à leur achèvement* »<sup>46</sup>. Cette phrase concise arrive à enserrer la fonction classique de la bonne foi de manière synthétique. Elle est là pour guider les faits et gestes de chaque protagoniste du contrat. De manière plus concrète, la bonne foi est un devoir de comportement, une norme comportementale qui lie les parties et qui permet de leur faire respecter ce que Laurent Aynès nomme une « *déontologie contractuelle* »<sup>47</sup>.

La bonne foi comme instrument d'appréciation du comportement contractuel est la bonne foi contractuelle classique, historique. C'est la fonction principale de la bonne foi depuis son introduction dans le code civil mais plus encore depuis sa redécouverte. Ce rôle lui a été attribué à partir de l'ancien article 1134 du code civil et a permis de révéler les riches potentialités de la bonne foi dans le domaine contractuel. D'ailleurs, si certains auteurs ont de manière synthétique exposé le fait qu'à notion souple, il faut des fonctions rigides<sup>48</sup>, voire limitées, ils n'ont jamais remis en cause cette fonction d'appréciation du comportement contractuel. Il s'agit de la fonction essentielle de la bonne foi, c'est-à-dire qu'il est de l'essence de la bonne foi d'apprécier le comportement contractuel.

Cette fonction est encore celle qui préside la bonne foi de l'article 1104 du code civil. Cependant, dans la mesure où il s'agit d'en regarder l'évolution et le régime associé à celle-ci, on va essentiellement se consacrer, dans cette partie, à l'exécution du contrat. Cette période se révèle être le terrain d'élection historique de la bonne foi norme de comportement. Si la formation et la négociation font désormais officiellement partie du champ d'application de la bonne foi, le rôle qu'elle est amenée à y jouer est quelque peu différent, comme tenteront de le démontrer les développements ultérieurs.

---

<sup>46</sup> LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017, §83.

<sup>47</sup> AYNÈS (L.), « Bonne foi : vers une déontologie contractuelle » in « Juin-Novembre 2005, vers une consolidation des tendances antérieures », *Droit et Patrimoine*, 1er janv. 2006, n°144, I.

<sup>48</sup> BALAT (N.), « Observations sur la bonne foi en droit des contrats à la veille de la réforme », *RD d'Assas*, n°12, févr. 2016, §29, p.69.

Ainsi, dans l'exécution du contrat, si la bonne foi a avant tout pour fonction de prescrire un comportement loyal aux contractants (**Chapitre 1**), il conviendra par la suite de s'intéresser à la sanction du comportement déloyal (**Chapitre 2**).

### **CHAPITRE 1 : La bonne foi mise en oeuvre, prescription d'un comportement loyal**

Le législateur de 1804 tout comme celui de 2016, quand bien même ce dernier a reconnu une place nouvelle et symbolique à la bonne foi devenue disposition liminaire, a été avare concernant la mise en oeuvre concrète de la bonne foi. C'est un guide d'appréciation mais rien n'est dit concernant son application en tant que telle. On sait que l'on veut faire jouer à la bonne foi un rôle de guide comportemental, de fil conducteur dans l'exécution du contrat. Cependant, si on identifie sa fonction, le silence est de mise lorsqu'il s'agit de s'intéresser à sa mise en oeuvre effective.

En réalité, le régime de la bonne foi comme appréciation du comportement contractuel est un régime d'origine prétorienne et continuera vraisemblablement de l'être. C'est le juge qui est intervenu avant la réforme et qui interviendra de nouveau après pour donner corps à cette déontologie contractuelle. La bonne foi est là pour laisser place aux « *potentialités de l'interprétation judiciaire* »<sup>49</sup>. Ce régime prétorien déjà bien installé montre que la fonction vient guider le régime. La bonne foi joue le rôle d'instrument d'appréciation du comportement contractuel, l'appréciation étant celle du juge. Il faut donc lui laisser les mains libres pour que cela se fasse. Il ne faut pas le lier dans l'exercice de ses prérogatives et il est alors préférable de garder le silence.

En prenant de la hauteur sur les différents cas d'espèce qui jonchent le parcours jurisprudentiel de la bonne foi contractuelle dans l'exécution du contrat, il semble que le juge fasse reposer l'appréciation du comportement contractuel sur deux piliers : la loyauté, corollaire constant de la bonne foi contractuelle (**Section 1**) et la coopération, corollaire émergent (**Section 2**). C'est au travers de ces deux piliers du régime prétorien que la bonne foi accomplit sa fonction : guider le comportement du contractant.

---

<sup>49</sup> CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations - Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, 2ème édition, Paris : Dalloz, 2018, p.100.

## **Section 1 : La loyauté, corollaire constant de la bonne foi**

La loyauté est souvent associée à la bonne foi, il s'agit de l'un de ses aspects. Les deux semblent fonctionner pour les juges comme des synonymes si bien que l'on retrouve indifféremment des mentions à l'une ou à l'autre au sein des arrêts se référant à la bonne foi. Cette dichotomie loyauté-bonne foi est au coeur du régime juridique de la bonne foi comme comportement contractuel. Il s'agit d'une association constante et pérenne. En réalité le monde contractuel est à l'image du monde féodal<sup>50</sup>. Les contractants, tels deux chevaliers servants de leurs propres intérêts entrent en joute pour mettre au point leur contrat. Cependant, tout combat se gagne en respectant un code d'honneur, tout se joue « à la loyale ». Et qui de plus loyal qu'un chevalier ?

Certains auteurs, comme nous l'avons déjà évoqué en introduction générale, ont considéré que la loyauté se différenciait de la bonne foi au point peut-être même de s'en émanciper (**B**). Mais avant toute chose, il convient de voir comment le devoir de loyauté se manifeste dans l'appréciation du comportement contractuel et la mise en oeuvre de la bonne foi (**A**).

### **A) Les manifestations du devoir de loyauté**

La loyauté est le véritable bras droit du juge lorsqu'il s'agit de poursuivre son objectif d'appréciation du comportement contractuel de bonne foi. Être loyal c'est être, plus largement, de bonne foi. Les décisions concernant la bonne foi se sont multipliées depuis sa renaissance à l'aube des années 80 et si certaines au visa de l'ancien article 1134, dont 1104 reprend l'essence, parlent directement de la bonne foi comme outil d'appréciation, d'autres préfèrent utiliser d'autres visas ou *a fortiori* d'autres termes, teintés de bonne foi dont la loyauté est en tête de file. Il est en réalité difficile de se repérer au milieu de cette dense forêt jurisprudentielle où chacun des arbres portent un nom différent mais forment un tout homogène, variation de la même appellation.

---

<sup>50</sup> AYNÈS (L.), « L'obligation de loyauté », in *L'obligation*, Archives de philosophie du droit, Tome 44, Paris : Dalloz, 2000, p.202.

Le devoir de loyauté lui-même connaît des variations. Il est un des piliers de la bonne foi contractuelle et se manifeste sous plusieurs formes.

La première d'entre elle, c'est la fidélité contractuelle. Être fidèle, c'est être loyal vis-à-vis de l'autre et *a fortiori* cela contribue à être de bonne foi. Les deux notions se recoupent dans le sens où la fidélité et la loyauté sont des obligations vis-à-vis d'autrui ou de quelque chose. On est « loyal à », « fidèle à ». La fidélité contractuelle, c'est le fait d'exécuter ce qui est écrit dans le contrat, d'être fidèle aux engagements qui ont été pris mais également à son cocontractant. Il faut exécuter ce qu'il y a dans le contrat mais seulement ce qu'il y a dans le contrat. La fidélité ne permet pas d'aller plus loin. Pour être loyal, il faut se contenter d'exécuter du mieux possible ce qu'il est prévu par le contrat, ni plus, ni moins. C'est en ce sens que la Cour de Versailles dans un arrêt en date du 23 janvier 1998<sup>51</sup> a disposé que le cocontractant « *n'exécutait pas sa mission avec loyauté et bonne foi* » dans la mesure où il avait profité de son poste de formateur au sein d'une entreprise pour faire du prosélytisme en faveur de l'église de scientologie. Il lui est reproché d'être déloyal dans la mesure où il va plus loin que ce qui lui est demandé dans l'exécution de son contrat. Il n'est pas fidèle à sa mission, il la dépasse et cela est sanctionné. On peut néanmoins se demander si cette fidélité ne permet pas d'aller plus loin si l'esprit du contrat est respecté, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Plus encore, la fidélité peut être aménagée avec par exemple des clauses d'exclusivité. Mais créant alors une obligation, cela n'est plus du domaine de la bonne foi contractuelle. La bonne foi et la loyauté se contentent d'organiser la fidélité au niveau standard.

La deuxième qualité du contractant que l'on peut rattacher à la loyauté, c'est la persévérance dans l'exécution du contrat. Il faut exécuter son contrat jusqu'à son achèvement et ce, même si des obstacles surviennent. Il ne faut pas baisser les bras dès le premier problème. On retrouve notamment cette nécessité, mais pas seulement, chez les professionnels. Leur statut leur impose souvent d'aller au bout du contrat même si des difficultés surviennent. Par exemple, un médecin doit suivre son patient durant toute sa maladie et ce jusqu'à sa rémission, voire au-delà, sauf si ce dernier décide d'en changer. La

---

<sup>51</sup> Cour de Versailles, 23 janv. 1998 : *JCP E*, 1998, p.781 cité par WILLMANN (C.) in « La bonne foi contractuelle et les convictions religieuses », *JCP E*, 1999, p.900.



cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt du 9 octobre 1985<sup>52</sup>. Un contrat n'est jamais un long fleuve tranquille et il faut continuer de naviguer contre vents et marées.

La troisième composante de la loyauté, c'est la vigilance. Elle pourrait être traduite comme le fait d'avoir un comportement actif, le fait de ne pas attendre passivement que l'autre contractant exécute son obligation. Être loyal, c'est aussi pointer du doigt lorsque l'autre fait mal quelque chose. Il ne faut pas attendre qu'il se trompe pour ensuite le lui reprocher, alors que l'on aurait pu l'éviter. Ce serait déloyal. Le fait d'être vigilant à ce que fait l'autre dans l'exécution de ses obligations participe de l'efficacité du contrat. Cela lui permet de produire son effet utile. La vigilance dicte aussi au contractant d'être tolérant. On peut ici prendre l'exemple d'un employeur qui avait surpris un de ses opérateurs de nuit assoupi lors de son poste. Il avait alors décidé de licencier pour faute grave l'individu, licenciement que la chambre sociale considère comme un licenciement injustifié dans son arrêt en date du 21 février 2006. Elle dispose que « *l'employeur n'avait pas agit de bonne foi en laissant se poursuivre l'assoupissement du salarié plutôt que d'y mettre fin* »<sup>53</sup>. On reproche ici à l'employeur de ne pas avoir tout mis en oeuvre pour que l'exécution du contrat de travail se poursuive. Il a préféré passivement licencier le salarié au lieu d'avoir un comportement actif en le réveillant et en lui permettant de poursuivre l'exécution. La loyauté lui commandait le contraire.

On voit donc au travers de ce petit panorama jurisprudentiel rapide que la bonne foi est utilisée par le juge pour venir apprécier le comportement loyal des cocontractants et, s'il le fait, contrebalancer certains « abus ». Être de bonne foi, c'est être loyal ou ne pas être déloyal selon les termes choisis par le juge. Quand on est loyal, on fait au mieux pour exécuter le contrat et on traite son partenaire en respectant les règles du jeu. Tous les coups ne sont pas permis.

La loyauté est donc un outil privilégié pour le juge dans la mise en oeuvre de son pouvoir souverain. Il va apprécier à travers divers critères et différentes notions que l'on a passé en revue si oui ou non l'individu a été loyal et si de cette manière il a été de bonne foi ou non. C'est à cela que sert la bonne foi, elle permet de scanner le comportement contractuel

---

<sup>52</sup> Cass., 1ère civ., 9 oct. 1985, n° 84-10.245 : *Bull. civ. I*, n° 251 ; *D.* 1986, p.417.

<sup>53</sup> Cass., ch. soc., 21 février 2006, n° 04-47.181: *inédit* ; CHARBONNEAU (C.), « Qui dort s'enrichit », *Les cahiers sociaux*, 1er mai 2006, n° 180, p. 221.

et de décider au travers de différents indices si elle est infirmée ou confirmée. Seulement la bonne foi est un terme trop général et c'est pour cela qu'il faut passer par le prisme de la loyauté qui est plus facile à apprécier. La loyauté a toujours été utilisée et semble être toujours d'actualité.

Les arrêts sont si nombreux à aborder la loyauté qu'on peut en venir à se demander si celle-ci n'est pas en train de s'émanciper en une obligation autonome (B).

### **B) L'émancipation timide de l'obligation de loyauté**

La question de l'existence d'une obligation de loyauté pleine et entière se pose en doctrine notamment. Des auteurs se sont penchés sur la question, de manière indépendante comme Laurent Aynès ou alors en lien avec la bonne foi comme Rita Jabbour, dont le premier a dirigé la thèse.

Dans son ouvrage, Mme Jabbour souligne le fait que la loyauté est une « *norme générale de comportement* » quand la bonne foi n'est qu'une « *norme spécifique de comportement* »<sup>54</sup>. Elle se fondait sur le fait que la bonne foi concernait l'exécution du contrat quand la loyauté n'avait aucune limite. De manière très synthétique, l'argument reposait sur le fait que la bonne foi n'était qu'une application conscrète de la loyauté dans l'exécution du contrat, qu'elle en était la traduction. L'équilibre se trouve un peu bouleversé avec la réforme du droit des contrats et l'apparition au sein de l'article 1104 de la formation et de la négociation. La bonne foi commence à imprégner de plus en plus la matière contractuelle, même si officieusement elle l'avait déjà fait, et tend à se généraliser.

De son côté, Laurent Aynès souligne, dans un article éponyme<sup>55</sup>, que l'obligation de loyauté est trop souvent confondue avec la bonne foi et qu'elle est un devoir absolu qui assure la cohérence de l'ordre juridique. Elle se manifeste par un comportement unifié sur lequel l'autre fonde ses prévisions. Autrement dit, il s'agirait d'un principe organisateur de l'ordre juridique qui trouverait sa traduction matérielle dans l'appréciation du comportement du contractant, dans son ensemble. Là aussi il s'en tient à la seule exécution mais il révèle que

---

<sup>54</sup> JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2016, p.124 et suiv.

<sup>55</sup> AYNÈS (L.), « L'obligation de loyauté », in *L'obligation*, Archives de philosophie du droit, Tome 44, Paris : Dalloz, 2000, p.197 et suiv.

l'obligation de loyauté va plus loin que la bonne foi, qu'elle la dépasse de par sa généralité. Selon lui, l'obligation de loyauté serait une sorte d'obligation civile qui ne crée pas de rapport d'obligation mais qui existe en tant que telle.

Cependant, si ces auteurs tendent à autonomiser la loyauté de la bonne foi, il convient de s'interroger sur la réalité d'une telle affirmation.

Une première réponse pourrait être esquissée en se penchant sur le droit du travail. L'article L1222-1 du code du travail complète l'article 1104 du code civil dans la mesure où celui-ci prévoit que « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ». Cette réaffirmation du droit commun des contrats par un droit spécial, dans lequel le contrat est le socle de la relation, confirme le statut qu'occupe la bonne foi en matière contractuelle. Néanmoins, il est rarement fait appel à la notion de bonne foi en droit du travail. On lui préfère le terme de loyauté. C'est ainsi que les grands groupes industriels prévoient dans leur charte éthique que « *la mise en œuvre de relations professionnelles de qualité, tant hiérarchiques que fonctionnelles, (doivent être) franches, loyales et respectueuses de tous* »<sup>56</sup> ou encore que « *la qualité d'une relation repose sur la loyauté des interlocuteurs, spécialement dans l'exécution des contrats* »<sup>57</sup>. La loyauté est donc le terme préféré à la bonne foi lorsqu'il s'agit de la mettre en application et de prescrire des comportements. L'intérêt de parler de loyauté, c'est de mettre le projecteur sur la manière dont la relation doit se passer. La loyauté est la gardienne de l'équilibre à trouver entre les parties dont l'une est en position de force par rapport à l'autre. Elle vient gommer les différences de statut, c'est le cœur de la relation de travail.

Le juge, qui est chargé d'appliquer la bonne foi dans son travail d'appréciation, a lui aussi préféré le terme de loyauté à celui de bonne foi. Dans un arrêt en date du 15 janvier 2013<sup>58</sup>, la chambre sociale de la cour de cassation relève que « *la mise à la retraite prononcée précipitamment et (...) dans le but de se soustraire aux nouvelles conditions de mise à la retraite alors en discussion devant le Parlement, constitue un manquement à l'obligation*

---

<sup>56</sup> GROUPE RENAULT, *Charte éthique*, 2019, article 1.

<sup>57</sup> ENGIE, *Charte éthique*, 2019, principe 3, « Faire preuve de loyauté ».

<sup>58</sup> Cass., ch. soc., 15 janvier 2013, n° 11-15.646 : *Bull.*, 2013, V, n°8 ; *JCP S*, 2 avril 2013, n°14, p. 30-33, com. BOSSU (B.) ; *Droit social*, 2013, p.398, obs. GAURIAU (B.) ; *Droit social*, 2013, p.576, chron. TOURNAUX (S.).

*d'exécuter loyalement le contrat de travail* ». La Cour de cassation, reprenant les motifs de la cour d'appel parle de l'obligation d'exécuter loyalement le contrat de travail. On peut donc se demander si cette obligation ne serait pas distincte de celle de l'article L1222-1 du code de travail, nourrissant alors le travail doctrinal cité précédemment.

La loyauté semble donc être la règle à suivre et semble se séparer peu à peu de la bonne foi. Or, il est difficile d'être si catégorique. On l'a déjà évoqué, les deux poursuivent le même but et sont utilisées indifféremment. De plus, en matière sociale, on ne connaît pas la bonne foi croyance erronée. La bonne foi est forcément la bonne foi loyauté. Cela peut permettre d'affirmer que la loyauté n'est ainsi qu'une manifestation de la bonne foi et que si autonomie il existe, elle poursuit le même but. Il est de nouveau possible de relever ici que la bonne foi étant l'outil privilégié du juge pour apprécier le comportement des cocontractants, ce dernier n'hésite pas à venir lui donner la forme de la loyauté pour avoir des critères encore plus précis d'appréciation. En poursuivant sa fonction d'appréciation, elle se transforme pour y satisfaire au mieux, quitte à devenir loyauté. Les deux sont intrinsèquement liées, se complètent.

Ainsi, la loyauté est le prisme privilégié de l'application de la bonne foi au contrat, dans la mesure où elle permet avec ses dérivés d'avoir une appréciation concrète et précise du comportement contractuel. Ne cessant d'être nourri par le biais des références à la bonne foi, elle paraît parfois s'en détacher et devenir une obligation à part entière. Il faut néanmoins relativiser cette affirmation dans la mesure où la loyauté est plus pertinente, plus précise que la bonne foi mais ne semble en être qu'une manifestation permettant de répondre au mieux à sa fonction classique.

Mais, depuis quelques années la loyauté n'est plus le seul moyen de permettre l'appréciation du comportement contractuel. Le juge a parfois voulu aller plus loin. L'impératif de bonne foi dans le comportement contractuel est dans certains cas poussé à son paroxysme et a alors émergé l'idée selon laquelle la bonne foi pouvait devenir un instrument au service de la coopération (**Section 2**).

## **Section 2 : La coopération, corollaire émergent de la bonne foi**

Coopérer : « agir, travailler conjointement »<sup>59</sup>. Cette définition triviale ne semble pas réellement pouvoir intégrer le monde contractuel. En effet, le contrat est un acte de prévision, un acte d'échange. Je possède quelque chose et je souhaite en faire profiter quelqu'un d'autre en échange d'un avantage. Autrement dit, le contrat est là pour réunir deux intérêts la plupart du temps opposés et non pas pour travailler conjointement dans un même but. Chacun a son propre but. Néanmoins, il ne faut pas s'arrêter là et force est de constater que la coopération peut avoir sa place dans la relation contractuelle. L'outil est riche de potentialités. Le juge l'a très vite compris et il a parfois décidé de franchir le pas plus loin dans le comportement contractuel en imposant au contractant, sous couvert de l'impératif de bonne foi, d'adopter une attitude positive, d'aider l'autre. Dans certains cas, la seule exécution loyale du contrat ne suffit pas et il faut aller plus loin : coopérer.

Il s'agira dans un premier temps d'étudier la manière dont le juge vient utiliser le devoir de coopération pour apprécier la bonne foi du cocontractant, en en faisant un outil encore plus intrusif dans l'exécution contractuelle (A). Dans un second temps, il faudra analyser la manière dont la coopération est utilisée puisqu'un tel devoir contraint les parties à s'entraider et pourrait, en fonction de son évolution et de son intensité, déboucher sur un devoir de fraternité, de solidarité entre cocontractants. De là à faire un pas vers le solidarisme contractuel ? (B).

### **A) Les manifestations du devoir de coopération**

Le devoir de coopération est d'abord né dans les contrats dont il semblait être la raison d'être. En effet, il est rapidement apparu que certains contrats, de part leur nature intrinsèque justifiait *a minima* une coopération entre ses obligés. Ce fut le cas des contrats conclus en matière de droit des sociétés où certains individus décident de s'associer dans un but commun, dans les contrats de mandat également où un individu mandate un autre pour exécuter une prestation ou un service convenu. La raison d'être du contrat est d'organiser une certaine

---

<sup>59</sup> EDITIONS LAROUSSE, « Coopérer », *Dictionnaire Larousse* (en ligne : [larousse.fr](http://larousse.fr))

coopération, c'est pourquoi pour l'exécuter de bonne foi, il fallait satisfaire à ce devoir de coopération. On parle aussi de contrats *intuitu personae*, conclus en raison de la personne du cocontractant. Là où la coopération s'est véritablement révélée comme corollaire de la bonne foi, c'est en matière de droit du travail : le contrat de travail est le lieu par excellence de la coopération. Un individu s'engage, moyennant une rémunération, à effectuer une prestation pour l'autre. Il doit respecter la tâche qui lui est confiée et collaborer avec l'employeur pour exécuter au mieux son contrat de travail. Le contrat de travail permet le mieux d'illustrer cette idée de collaboration. Un des arrêts célèbres en matière de coopération est un arrêt de la chambre sociale de la cour de cassation en date du 25 février 1992. Il dispose au visa de l'exécution de bonne foi que « *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi* »<sup>60</sup>. Par cette décision, la cour de cassation insiste sur le fait que l'employeur doit former son employé car s'il veut que celui-ci s'adapte à son poste et exécute son contrat loyalement, c'est à lui de l'aider à être apte. La coopération va dans les deux sens.

On retrouve aussi un devoir de coopération, expression de la bonne foi appréciatrice, dans les contrats présentant un fort *affectio contractus*. L'*affectio contractus* est employé généralement en droit des sociétés pour signifier la volonté de s'associer, mais plus que cela l'expression latine semble pouvoir être définie comme la volonté de collaborer dans une certaine égalité, de poursuivre un but commun, une oeuvre commune. On parle aussi de contrat d'intérêt commun : distribution, transfert de technologie, etc ou encore de contrats coopération<sup>61</sup>. Les intérêts de chacun ne divergent pas. Ils convergent. C'est d'ailleurs ce qui pourrait expliquer pourquoi on a dans ce cas là la coopération et pas seulement la loyauté pour satisfaire aux exigences de la bonne foi. La loyauté exige de suivre un certain sens de l'honneur et du respect de l'autre malgré les divergences. Dès l'instant où il y a des convergences, cela justifie qu'on puisse aller plus loin, qu'il faille aller plus loin pour être de bonne foi. L'intensité est plus forte.

---

<sup>60</sup> Cass., ch. soc., 25 fév. 1992, n° 89-41.634 : *Bull.*, 1992, V, n° 122, p.74 ; *D.* 1992, p. 392, note DÉFOSSEZ (A.).

<sup>61</sup> V. sur cette notion : LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, Recherches juridiques, Paris : Economica, 2012, 514 p.

Peu à peu, comme le soulignent Messieurs Le Tourneau et Poumarède, la coopération s'est « étendue »<sup>62</sup> entre les parties. Il s'agit d'une coopération « minimale ». Elle impose de regarder parfois les intérêts de son partenaire contractuel. On parle d'ailleurs de collaboration, d'implication dans le jeu contractuel. Le doyen Carbonnier<sup>63</sup>, aux vues de cette nouvelle tournure prise par le droit des contrats avait ainsi déclaré qu'« à une époque où le mariage s'était peut-être transformé en contrat, d'aucuns (ont) rêvé de transformer le contrat en mariage » insistant alors sur la tournure prise par les relations contractuelles nécessitant la coopération. En réalité, le devoir de coopération dans l'appréciation de la bonne foi n'a jamais été poussé à son paroxysme, simplement il existe et varie d'intensité selon les contrats dans lesquels il est apprécié.

La manifestation la plus connue du devoir de coopération est le long fleuve jurisprudentiel relatif à l'obligation d'information, assortie du triptyque renseignement, mise en garde et conseil. Cette obligation était le fruit d'une jurisprudence s'appuyant sur la bonne foi dans l'exécution du contrat et ayant imposée dans certains cas l'obligation de transmettre des informations essentielles, ce que d'aucuns auront assimilé à une obligation de coopération. Cette dernière est désormais appréciée indépendamment dans la mesure où des textes spéciaux la reprennent et que le législateur s'en est emparé. Quoiqu'il en soit la coopération permet toujours d'apprécier le comportement contractuel via plusieurs principes dégagés en jurisprudence. La coopération est le terme générique qui recoupe plusieurs autres notions. D'un point de vue arboricole il conviendrait de dire que c'est l'arbre qui cache la forêt.

Un rapide tour d'horizon s'impose dans la mesure où il convient de voir sur quoi se repose le juge pour apprécier ou non le comportement de bonne foi du contractant. Tout d'abord, la coopération entendue au sens de l'entraide exigerait une certaine proportionnalité dans l'outil contractuel. Il faudrait éviter certaines disproportions (entre les droits et obligations des parties ; entre les obligations souscrites et les ressources, notamment en droit bancaire) tout en mettant en oeuvre des moyens proportionnés pour exécuter le contrat : ni

---

<sup>62</sup> LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017, §96.

<sup>63</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil - Les biens - Les obligations*, t.2, Quadriège, 2ème éd., Paris : PUF, 2017, n°1130, cité par LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017.

excessif, ni insuffisant. Ensuite, il faudrait également faciliter l'exécution du contrat, c'est à dire fournir des documents, des objets, etc... nécessaire à sa bonne exécution. *A contrario*, il ne faudrait pas rendre plus difficile voire impossible l'exécution du contrat. Il faut prendre en compte la situation familiale de son employé par exemple dans la mise en oeuvre d'une clause de mobilité. Un arrêt de la cour de cassation relatif à cette notion relève que « *l'employeur, prenant en compte la spécificité de son travail d'inventoriste en équipe et l'horaire exceptionnel de prise du travail, faisait prendre la salariée depuis plus de dix ans à son domicile par un véhicule de l'entreprise et, cessant de la faire bénéficier de cet avantage lié à sa fonction, il l'avait mise dans l'impossibilité de travailler, ce qui caractérisait un manquement de l'employeur à l'exécution de bonne foi du contrat de travail* »<sup>64</sup>. Cet arrêt met en exergue la nécessité de coopérer pour l'exécution du contrat dans la mesure où l'employeur demande à son employé de respecter des conditions atypiques de travail et que dès lors, il paraît « normal » au titre de la bonne foi qu'il l'aide à venir à son poste, d'autant plus qu'il le faisait et qu'il a cessé de le faire. Cela rejoint également l'idée de cohérence dans le comportement qui pourrait être une manifestation de la coopération. Enfin, cette dernière justifierait également de faire, dans certains cas, prévaloir l'esprit sur la lettre du contrat. Comme le souligne la Cour d'appel de Paris, « *les règles de bonne foi applicables en matière contractuelle, (sont) entendues comme l'exigence du respect de l'esprit sans se borner uniquement à la lettre du contrat* »<sup>65</sup>. Cette exigence rejoint la coopération dans la mesure où il faudra parfois dépasser la lettre du contrat et autoriser l'autre à le faire pour faire prévaloir son esprit. Il y a une différence entre exécuter fidèlement le contrat et se cacher derrière sa lettre. Il faut parfois coopérer pour aller au-delà de la lettre contractuelle. Comme le souligne Monsieur Mayer « *la mauvaise foi est opposée au créancier qui prétend faire jouer à son profit toute la rigueur de la loi et du contrat* »<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Cass., ch. soc., 10 mai 2006, n°05-42.210 : *Bull.* 2006, V, n° 169, p. 164 ; *D.* 2006, IR p.1482 ; *D.* 2007, panorama jurisprudence, p.179, coll. ; *Droit social*, 2006, p. 803, obs. SAVATIER (J.).

<sup>65</sup> CA Paris, 21 mars 2012, n°10/12357 cité par LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017.

<sup>66</sup> MAYER (P.), « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international », in *Études P. LALIVE*, 1993, Helbing et Lichtenhahn, p.549, I-A-3, consulté en ligne le 24 mai 2019 (<https://www.trans-lex.org/115700>).



Pour terminer sur les manifestations de la coopération, dont le juge se sert pour apprécier le comportement des contractants et qui lui permet d'exercer la fonction classique de la bonne foi, on peut noter que deux autres notions ont pu être rapprochées de la coopération sans jamais réussir à percer dans le modèle contractuel français.

Il s'agit tout d'abord de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, également appelé le principe d'*estoppel*, son appellation dans les pays de *common law*. De manière francisée, on parle aussi de confiance légitime. Ce principe consiste en l'interdiction de se contredire au détriment de son cocontractant. Il faut adopter un comportement cohérent et ne pas dire blanc un jour pour dire noir le lendemain. Cela n'aide pas à l'exécution du contrat, ni à la relation contractuelle dans son ensemble. On essaie de lutter contre la versatilité. Si ce principe a intéressé une partie de la doctrine<sup>67</sup>, qu'il a connu quelque manifestation en matière procédurale, force est de constater qu'il n'a pas trouvé de terrain fertile en droit des contrats. Cela peut s'expliquer par le fait que le juge lui préfère la loyauté et la coopération, sous couvert de bonne foi. Sa boîte à outils est déjà bien fournie et rien ne sert d'utiliser un nouveau principe pour aboutir à un résultat déjà existant grâce à d'autres. La bonne foi permet d'intégrer cette notion de cohérence au travers de l'appréciation du comportement contractuel sans avoir à passer par l'*estoppel*.

Il s'agit ensuite de ce que les anglo-saxons appellent *mitigation of damages* ou l'obligation de minimiser son dommage. Là aussi, ce principe est teinté de coopération dans la mesure où si je minimise mon dommage, mon partenaire devra indemniser un préjudice plus faible. Cela aurait pu être intégré dans la conduite de bonne foi dans la mesure où on prend en compte les conséquences auxquelles devra faire face le responsable sans pour autant les alourdir. Le juge français rejette l'existence de cette obligation<sup>68</sup>. Cela pourrait être expliqué par l'attachement au principe de la réparation intégrale du préjudice. Quoiqu'il advienne, la bonne foi ne justifie pas de minimiser son dommage, ne l'impose pas.

---

<sup>67</sup> V. par exemple : CALMES (S.), *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, 2001, Paris : Dalloz ; FAUVARQUE-COSSON (B.), « L'estoppel, concept étrange et pénétrant », *RDC* 2006, p.1279 ; MAZEAUD (D.), « La confiance légitime et l'estoppel », *RID comp.*, 2006, p.362.

<sup>68</sup> Ex : Cass., 2ème civ., 19 juin 2003, n° 00-22.302 et 01-13.289 : *Bull. civ. 2003 II*, n°203 ; *D.* 2003, p.2326, note CHAZAL (J.-P.).

Ainsi, si la coopération permet d'aller un peu plus loin dans l'appréciation du comportement contractuel, il semble que toutes les étapes n'aient pas encore été franchies vers une coopération pleine et entière. Cependant, l'objectif de justice contractuelle, qui ne cesse d'émerger avec le temps pourrait conduire à préconiser de plus en plus la coopération et conduire la bonne foi contractuelle à devenir la figure de proue d'un solidarisme contractuel (B).

### **B) Vers un solidarisme contractuel ?**

« *Les contrats forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun* »<sup>69</sup>. Cette maxime est sûrement le point de départ ou du moins le *leitmotiv* de la doctrine solidariste. Inspirée par Demogue, elle a connu un essor considérable à la fin du XXème siècle, début XXIème sous l'impulsion de deux auteurs perçus comme les chefs de file de ce mouvement : Christophe Jamin<sup>70</sup> et Denis Mazeaud. Ce courant de pensée, à contre-courant de la doctrine classique et libérale du droit des contrats, a sacralisé la bonne foi contractuelle au point d'en faire l'alpha et l'oméga d'un nouveau paradigme contractuel, d'une nouvelle ère : celle du « *contrat providence* »<sup>71</sup>. La bonne foi deviendrait alors la clé de voûte de ce nouveau système dont les auteurs se réclament d'une « *certaine fraternité* »<sup>72</sup>. En réalité, les auteurs défendant cette idée de solidarisme exacerbé en matière contractuelle se reposaient sur le fait que la bonne foi était une notion aux potentialités inexploitées, notamment par le juge.

Le coeur de la pensée solidariste reposait sur deux idées. Tout d'abord, le contrat est un monde principalement égoïste dans lequel les déséquilibres sont nombreux. C'est pourquoi il faudrait dans certains cas opérer un rééquilibrage via la bonne foi et « *pénétrer le contrat pour en modifier plus ou moins sensiblement l'économie* »<sup>73</sup>. Le rôle du juge devrait donc être

---

<sup>69</sup> DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. VI, 1931, n°3.

<sup>70</sup> JAMIN (C.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p.441 et s.

<sup>71</sup> MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : Dalloz, PUF, éditions du J.-Cl., 1999, p. 609, n°7.

<sup>72</sup> JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2016, p.148.

<sup>73</sup> MAZEAUD (D.), « *Le nouvel ordre contractuel* », *RDC*, n°1, 1er décembre 2003, p.295 et suiv., §39.

accru en matière contractuelle pour aboutir à cet idéal. Ensuite, selon eux, la fraternité et la solidarité devraient irriguer ce monde contractuel meilleur, incitant les parties à faire preuve de « *civisme contractuel* »<sup>74</sup>. Cela permettrait ainsi que le contrat devienne « *un instrument de coopération loyale, une oeuvre de mutuelle confiance* »<sup>75</sup>. Au final, chacune des parties devrait alors s'entraider, et prendre en compte les intérêts légitimes d'autrui dans la mise en oeuvre du contrat. Il faudrait ainsi se mettre au service des intérêts de son cocontractant. De la sorte, la bonne foi muerait de nouveau et intègrerait en son sein : l'entraide, l'altruisme, la cohérence, la tolérance, la patience<sup>76</sup>, etc... Cette conclusion était tirée de la profonde mutation à l'oeuvre au sein du droit des contrats ayant contribué à une modification des mythes le sous-tendant.

Cette nouvelle vision du droit des contrats a fait l'effet d'une bombe au sein de la doctrine civiliste. En effet, majoritairement composée d'auteurs libéraux ou classiques, celle-ci n'a pas mis longtemps avant de s'attaquer à ces deux auteurs solidaristes et réfuter les arguments proposés. La lutte fut de courte durée et le « *bilan des solidarismes contractuels* »<sup>77</sup> dressé par Yves Lequette le prouve. La force obligatoire s'oppose à ce que la bonne foi la surplombe. L'alinéa 3 de l'article 1134 ne devait pas prendre le pas sur ceux qui le précédaient. S'opposant à l'interprétation des décisions judiciaires faite par les solidaristes, les détracteurs du solidarisme contractuel se mirent à la tâche d'interpréter les arrêts de la Cour de cassation d'une manière dénuée de toute solidarité, fraternité ou de bonne foi exacerbée. Il ne s'agissait selon eux que d'une vue de l'esprit. Cette joute d'interprétation à d'ailleurs mis en exergue le fait qu'il était possible de faire dire tout et son contraire aux décisions judiciaires, en fonction du prisme choisi. Quelques années plus tard, les solidaristes

---

<sup>74</sup> *idem*, §3.

<sup>75</sup> *ibid.*

<sup>76</sup> MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : Dalloz, PUF, éditions du J.-Cl., 1999, p. 608, n°6.

<sup>77</sup> LEQUETTE (Y.), « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges offerts à Paul Didier*, Paris : Economica, 2008, p.247-287.

déposèrent les armes à la fin d'une bataille perdue, cette doctrine restant alors le « *couvent contractuel du frère Mazeaud* »<sup>78</sup>. Du solidarisme, il ne reste que des cendres<sup>79</sup>.

Or, cette bataille doctrinale a eu lieu alors que la bonne foi trouvait son siège au sein de l'article 1134 ancien et qu'elle était dépendante de la force obligatoire. Il convient aujourd'hui, après la réforme du droit des contrats et son transfert au sein de l'article 1104 de s'intéresser de nouveau à la question. Cette nouvelle position autonome et primordiale donnerait-elle raison au mouvement solidariste, qui était peut être au final précurseur ?

Effectivement, la réforme semble avoir pris en compte la vision de la bonne foi solidariste. Elle a été extraite de son alinéa 3 pour occuper un article de manière indépendante et en déployant son ambition sur deux alinéas. La bonne foi est devenue une disposition liminaire bien qu'on ait parlé auparavant de principe directeur au sein des avants-projets de réforme. Pour Rita Jabbour d'ailleurs, la réforme de 2016 a opéré une présentation surdimensionnée de la bonne foi<sup>80</sup> allant même jusqu'à signaler que cela semblait ruiner la rationalité de ce devoir.

Il apparaît que cette nouvelle place de la bonne foi au sein des dispositions liminaires ne semble pas confirmer le tournant de la matière contractuelle vers le solidarisme. En effet, si la nouvelle place de la disposition semble rebattre les cartes en apparence, il apparaît en coulisses qu'il s'agit seulement de consacrer l'évolution qu'elle a connue en jurisprudence depuis les années 80. Il s'agit de reconnaître une place à une certaine fraternité, une certaine coopération sans toutefois, semble-t-il, la pousser à son paroxysme. La cour de cassation tout en dynamisant l'utilisation de la bonne foi n'est jamais allée trop loin. Même avec les arrêts

---

<sup>78</sup> Citation attribuée à HAUSER (J.) dans son rapport de synthèse sur un colloque relatif au solidarisme, cité par MAZEAUD (D.) in « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », *Mélanges Jean Hauser*, Paris : Lexis-Nexis / Dalloz, 2012, p.905.

<sup>79</sup> MAZEAUD (D.) in « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », *Mélanges Jean Hauser*, Paris : Lexis-Nexis / Dalloz, 2012, p.905 et suiv.

<sup>80</sup> JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2016, p.151, n° 181.

Huard<sup>81</sup> ou Chevassus-Marche<sup>82</sup>, emblèmes de la doctrine solidariste, il ne semble pas que la bonne foi soit entrée dans une dimension nouvelle dans la mesure où ils ne concernent que le droit spécial et les contrats dits de coopération<sup>83</sup>. Ainsi, la coopération et la fraternité poussées à l'extrême ne seront jamais la règle et la prise en compte des intérêts de son cocontractant non plus. Tout dépendra des matières et de l'intensité des relations. Le « solidarisme », du moins son esprit, sera restreint à certains domaines mais il n'aura pas de portée universelle, que les libéraux se rassurent. La coopération restera limitée à certains contrats ou sera insérée de manière minimale dans la matière comme c'est déjà le cas actuellement, c'est-à-dire lorsqu'elle est justifiée et nécessaire (cf. A).

En prenant un peu de hauteur, il conviendrait de dire qu'il faudra à l'avenir faire preuve de mesure dans l'utilisation de la bonne foi-coopération. Il faut un niveau certain de cette bonne foi sans toutefois qu'elle aille trop loin. Il ne faut pas la systématiser. En réalité, si elle cherche à faire souffler un vent de justice sur le monde contractuel, ce qui ne semble pas être une volonté utopiste, il faut néanmoins qu'elle ne vienne pas empiéter sur la sécurité contractuelle. Il y a une nécessité de trouver un équilibre, comme déjà souligné en introduction. L'intervention de la bonne foi doit être dosée et son usage rationalisé<sup>84</sup> pour ne pas en faire un instrument dangereux. La coopération peut néanmoins être utile dans certains cas ou certaines matières, il ne faut pas non plus le nier. On pourra, pour conclure, citer Gérard Cornu : il faut « *imprimer à la justice dans le contrat tout l'élan compatible avec la sécurité juridique* »<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> Cass., ch. com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547 : *D.* 1995, p.85, obs. FERRIER (D.) ; *RTD civ.*, 1993, p. 124, obs. MESTRE (J.).

<sup>82</sup> Cass., ch. com., 24 novembre 1998, n° 87-18.357 : *Bull. IV*, n° 277 ; *JCP G*, n° 48, 1er déc. 1999, II, 10210, note PICOD (Y.) ; *Defrénois*, 1999, p. 371, obs. MAZEAUD (D.) ; *RTD civ.*, 1999, p. 98, obs. MESTRE (J.).

<sup>83</sup> V. sur cette notion : LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, 514p.

<sup>84</sup> JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2016, p.160, intro. §2.

<sup>85</sup> CORNU (G.), Introduction au *rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 22 septembre 2005*, p.20, disponible sur : <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000622-rapport-sur-l-avant-projet-de-reforme-du-droit-des-obligations-articles-1101-a-1386-du> (consulté le 5 juin 2019) cité par JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2016, p.160, intro. §2.

## **Conclusion du chapitre 1**

Il s'agissait dans ce premier chapitre de démontrer par quels moyens la bonne foi contractuelle permettait d'apprécier le comportement contractuel. Le pouvoir d'appréciation du juge permet de mettre en oeuvre ce contrôle et ce dernier s'appuie sur deux piliers : la loyauté et la coopération. La première est le corollaire classique d'une bonne foi reflétant des impératifs d'honnêteté et de confiance. La seconde, corollaire émergent, semble être cependant moins affirmée dans la mesure où elle n'irrigue pas tous les contrats et n'a pas toujours la même intensité. Si la réforme du droit des contrats et le renouveau de l'article 1104, disposition liminaire, aurait pu amener à faire prendre une place prépondérante à la bonne foi-fraternité et par là même faire entrer la coopération par la grande porte, tel ne semble pas être le cas. La bonne foi et ses piliers d'appréciation devront être utilisés avec parcimonie et de manière mesurée permettant alors de prescrire un comportement contractuel honnête, loyal et respectueux tout en assurant une certaine justice contractuelle. Cette dernière pourra se développer à condition de ne pas venir mettre en péril la sécurité contractuelle.

Si la bonne foi prescrit un comportement contractuel et qu'elle passe par le biais de la loyauté voire de la coopération pour y parvenir, il convient désormais de s'intéresser à ce qu'il advient lorsqu'un contractant agit de manière déloyale. Dans ce cas là, la bonne foi étant malmenée, il conviendra de mettre en oeuvre une sanction judiciaire du comportement déloyal (**Chapitre 2**).

## **CHAPITRE 2 : La bonne foi malmenée, sanction judiciaire du comportement déloyal**

Le législateur de 1804 tout comme celui de 2016, s'il exige un comportement de bonne foi ne prévoit aucune disposition dans le code civil concernant la sanction du comportement déloyal. Il prescrit que la négociation, la formation et l'exécution du contrat doivent être de bonne foi et il s'arrête là. De sorte qu'il est nécessaire de se demander ce qu'il se passe lorsque ce devoir, cet impératif n'est pas respecté par les parties.

Ce constat est d'autant plus surprenant que « *la bonne foi est souvent saisie par son antonyme, la mauvaise foi* »<sup>86</sup>. En effet, il est plus courant d'entendre parler de mauvaise foi

---

<sup>86</sup> CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations - Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, 2ème éd., Paris : Dalloz, 2018, p.101.

que de bonne foi. Au point même que les conversations banales, triviales, recourent souvent à la mauvaise foi pour parler de l'attitude ou des dires d'un individu. Le législateur, lui, a préféré ne pas y recourir, ni même de faire référence aux sanctions possibles de la bonne foi.

De nouveau, il va falloir s'intéresser à la doctrine et à la jurisprudence afin de pouvoir identifier et comprendre la manière dont est sanctionnée l'absence de bonne foi. Dès lors que le cocontractant ne respecte pas le comportement qui lui est prescrit, le comportement que l'on attend de lui, entre alors en jeu de possibles sanctions. Ces sanctions sont plurielles (**Section 2**) et mises en oeuvre par le juge dans le but de venir corriger le comportement déloyal mais aussi parfois d'indemniser le cocontractant lésé par une telle attitude. Pour poursuivre sa fonction classique, la bonne foi doit revêtir une sanction adaptée et tout à la fois didactique. Elle aura pour but de façonner le comportement des cocontractants qui essaieront de se comporter du mieux qu'ils peuvent pour éviter toute sanction. Cependant, avant de mettre en oeuvre la sanction, il convient de déterminer la mauvaise foi du cocontractant et cela relève de l'appréciation discrétionnaire du juge (**Section 1**) par rapport aux éléments qui lui sont présentés.

### **Section 1 : Une appréciation discrétionnaire du juge**

Avant toute chose, la mauvaise foi doit être démontrée. C'est à cette unique condition qu'elle pourra ensuite être prise en compte par le juge pour qu'il choisisse la sanction la plus appropriée. Pour déterminer la mauvaise foi (**A**), le juge va prendre en compte plusieurs critères, plusieurs indices. C'était jusqu'alors aux parties d'invoquer la mauvaise foi de leur cocontractant et de fournir les éléments nécessaires pour la prouver.

Cependant, le nouvel article 1104 du code civil prévoit désormais que la bonne foi est d'ordre public et il conviendra alors d'analyser les enjeux que cela représente (**B**) et les possibles évolutions qui pourront en découler dans l'appréciation de la mauvaise foi. Cela pourrait hypothétiquement permettre de renforcer la fonction classique de la bonne foi, l'appréciation du comportement contractuel.

#### **A) La détermination de la mauvaise foi**

Qu'est-ce que la mauvaise foi ? Cette question qui peut apparaître tautologique pourrait apporter une réponse qui l'est tout autant : c'est l'inverse de la bonne foi. Il serait alors simpliste de s'en tenir à cela. Si la question se pose et qu'elle s'est posée en doctrine c'est en raison de la complexité de la réponse. Plus que la simple négation de la bonne foi, elle est utilisée pour tous les manquements à celle-ci. Autant dire que si bonne foi était susceptible de déclinaisons, il en va de même de la mauvaise foi. Tout comme il utilisait indifféremment le terme de loyauté pour la bonne foi, le juge utilisera le terme de déloyauté pour la mauvaise foi. Les dictionnaires juridiques la définissent comme « *un comportement incorrect qui participe, à des degrés divers, de l'insécurité, de l'infidélité, voire de la déloyauté* »<sup>87</sup>. Par exemple, il peut s'agir de l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle. Il va de soi que l'on peut y voir ici une négation de la bonne foi, mais il convient de dépasser cette première approche pour disséquer la mauvaise foi. Cela est important dans la mesure où c'est au travers de la mauvaise que le juge pourra mettre en oeuvre la sanction appropriée au comportement déloyal.

Cette notion de mauvaise foi recouvre en réalité plusieurs comportements parfois identifiés sous d'autres terminologies : « *le dol, l'abus ou encore la fraude* »<sup>88</sup>. En réalité, la mauvaise foi cohabite avec ces notions mais la « *distinction avec la faute ou l'abus est alors tenue* »<sup>89</sup>. Dès lors, toutes ces notions permettent-elles de saisir un comportement déloyal et de faire jouer les règles et sanctions relatives à la bonne foi ?

En ce qui concerne sa distinction avec le dol, on peut noter, comme le souligne Rita Jabbour<sup>90</sup> que généralement la distinction se ferait en fonction de la gravité du comportement. Cette analyse repose sur le fait que le dol requiert un élément intentionnel, l'intention de nuire, alors que la mauvaise foi ne le requiert pas forcément. Autrement dit, le dol serait l'addition d'un comportement et d'une volonté de nuire ou de ne pas exécuter loyalement ses

---

<sup>87</sup> *Lexique des termes juridiques 2018-2019*, « Mauvaise foi », 26ème édition, Paris : Dalloz, 2018, p. 678.

<sup>88</sup> LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017, §123.

<sup>89</sup> CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations - Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, 2ème éd., Paris : Dalloz, 2018, p.101.

<sup>90</sup> JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2016, p.129, §153.



obligations ; alors que la mauvaise foi serait simplement le fait d'avoir un comportement déloyal. Or, cette analyse montre ses limites selon l'auteure précitée. En effet, il apparaît que parfois, l'ancien article 1134 alinéa 3 ait justifié une sanction pour une situation dans laquelle existait une intention de nuire et une malice du cocontractant. C'est alors qu'elle prend l'exemple d'un arrêt de la Cour d'appel de Pau<sup>91</sup> qui concernait une restitution de cuves de pétrole. En l'espèce, la compagnie pétrolière demandait la restitution en nature des cuves prêtées alors que le cocontractant lui proposait des cuves neuves identiques. On voit le comportement déloyal à l'énoncé de ces faits et l'intention de nuire au cocontractant en exigeant de lui une restitution en nature alors que la solution proposée revient à l'identique. Cet exemple permet à Madame Jabbour de venir montrer que ce n'est pas la gravité qui différencie la mauvaise foi du dol mais bien la situation qui doit être analysée. Si le comportement d'un cocontractant constitue un manquement à une obligation contractuelle, on privilégiera de passer par le dol qui a été prévu par le législateur à cette fin. Par contre, si jamais le comportement est déloyal mais qu'il ne vient pas pour autant commettre un manquement à une obligation, autrement dit si le cocontractant exécute son obligation mais simplement ne le fait pas selon les exigences de la bonne foi, alors la mauvaise foi prend le relais pour venir le sanctionner. Ce n'est pas l'existence d'un élément intentionnel qui vient faire la différence mais plutôt le fait qu'un manquement à une obligation soit commis ou non. Elle souligne que « *pour le dol, le centre de gravité du raisonnement est l'obligation alors que pour la mauvaise foi, c'est le devoir de comportement* »<sup>92</sup>. Cette présentation faite par Madame Jabbour a le mérite d'éclaircir la manière dont fonctionne l'appréciation du juge. Au final, la bonne foi n'est pas là pour prendre le pas sur des dispositions contractuelles spécifiques, qui régissent un point particulier. Au contraire, sa portée « générale » font qu'elle agit en complément de ces dispositions quand elles ne peuvent entrer en jeu.

En ce qui concerne la relation entre mauvaise foi et abus de droit l'analyse est différente. Figure chère à Josserand, qui en est l'architecte en droit français, l'abus de droit consiste selon lui en « *l'exercice d'un droit d'une manière étrangère à son esprit* »<sup>93</sup>. On peut

---

<sup>91</sup> CA Pau, 15 février 1973 : *RTD Civ.*, 1977, p.152, obs. DURRY (G.) cité par JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2016, p.130, §154.

<sup>92</sup> JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2016, p.130, §154.

<sup>93</sup> JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil français, II, Théorie générale des obligations*, 3ème éd., Paris : Sirey, 1939, p.249, §430.

alors remarquer que cette définition se rapproche de ce que l'on pourrait entendre du comportement déloyal, de la mauvaise foi. Dans ces deux cas, on a un « *mécanisme de vérification de l'usage d'une prérogative* »<sup>94</sup>. De la même manière, on ne cherche pas à sanctionner l'existence d'un droit mais la manière dont il est exécuté qui est susceptible de constituer un abus, un dépassement de ce à quoi le contractant pourrait prétendre en principe. C'est par exemple le cas lorsqu'il décide d'user d'une prérogative dans le but de nuire à son cocontractant. Il n'utilise pas la prérogative dans « les règles du jeu », il ne respecte pas ce pourquoi elle lui a été accordée. Des divergences ont pu être démontrées entre les deux notions mais si cela a pu séduire de manière théorique, elles sont délicates à déceler en pratique, de l'aveu de Madame Jabbour. On trouve au contraire une certaine unité entre les deux, plus que de divergences. Elles sont utilisées l'une et l'autre pour « *vérifier la légitimité de l'attitude d'une partie dans l'exécution du contrat* »<sup>95</sup>, et ainsi peuvent en pratique se confondre. L'abus de droit n'est au final qu'un aspect, qu'une partie de la mauvaise foi qui peut recouvrir d'autres formes.

Ainsi, la mauvaise foi semble être plurielle comme la bonne foi peut l'être. Proche de certaines figures juridiques, ces dernières la composent telle une mosaïque permettant au juge de venir apprécier le comportement contractuel. Cette multitude de comportements pouvant entrer sous le joug de la mauvaise foi laissent le pouvoir d'appréhender le comportement déloyal et de poursuivre la fonction classique qui est celle de la bonne foi. Le silence du législateur est ainsi profitable : le juge peut utiliser ces notions et toutes leurs potentialités.

Maintenant ses contours identifiés, il convient de savoir comment le juge en vient à déclarer un cocontractant de mauvaise foi pour ensuite mettre en oeuvre la sanction. On peut ici souligner que la bonne foi est toujours présumée. C'est-à-dire qu'avant d'être mise en oeuvre, la mauvaise foi doit préalablement être prouvée. Le juge ne peut pas, du moins ne pouvait pas, relever d'office la mauvaise foi. Il faut qu'elle soit alléguée et prouvée par une des parties. Tout contractant est présumé de bonne foi, jusqu'à ce que le contraire soit démontré. Cette règle a été tirée de l'article 2274 du code civil qui dispose que « *la bonne foi*

---

<sup>94</sup> JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2016, p.133, §157.

<sup>95</sup> ANCEL (P.), « Critères et sanction de l'abus de droit en matière contractuelle », *Cahier dr. entreprises*, 1998, n°6, p.30.

*est toujours présumée, c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver* ». Cet article concernait la bonne foi subjective, celle du droit des biens notamment mais la bonne foi étant une notion uniforme dans le code civil, il semble qu'il puisse aussi s'appliquer à la bonne foi contractuelle. En réalité, cette règle a été mise en place car le législateur considère que l'homme est bon par nature. Il croit en l'honnêteté du contractant, peut être à tort. De ce fait, celui qui allègue la mauvaise foi doit la prouver et la preuve n'est pas toujours aisée. Parfois, le juge ou le législateur dans certaines matières font exception à cette règle, mais elle reste générale.

Ainsi, le juge ne peut pas contrôler d'office la bonne foi des contractants. Il est dépendant des parties qui doivent la soulever, la faire entrer dans les débats. Cependant, cette affirmation pourrait être remise en cause en raison du nouvel alinéa 2 de l'article 1104 du code civil qui prévoit que « *cette disposition est d'ordre public* ». Ces quelques mots pourraient entraîner un changement dans le contrôle de la bonne foi/mauvaise foi, dont il convient de saisir les enjeux (B).

### **B) Les enjeux du nouveau caractère d'ordre public**

« *Le juge ne peut relever d'office la fin de non recevoir tirée de la mauvaise foi du contractant, cela résulte de la présomption de bonne foi* »<sup>96</sup> comme le souligne Messieurs Le Tourneau et Poumarède. En réalité, cette affirmation tirée de l'analyse que l'on a pu faire auparavant pourrait être mise à mal. Le législateur de 2016 n'a en réalité ni confirmé, ni infirmé cette position, l'article 2274 du code civil n'ayant pas été modifié. Il a par contre ajouté un second alinéa à l'article 1104 qui dispose que la bonne foi « *est d'ordre public* ». Au sein de cet alinéa réside une potentielle « *bombe contractuelle* »<sup>97</sup>, pouvant détruire les équilibres existants.

Certains auteurs comme Monsieur Mekki<sup>98</sup> ou les premiers cités ont vu dans ce caractère d'ordre public une consécration de l'impératif de bonne foi. Par exemple, monsieur Mekki s'interrogeant sur l'absence du caractère d'ordre public dans l'article 1103 du projet de

---

<sup>96</sup> LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017, §126.

<sup>97</sup> BALAT (N.), « Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ? », *D.* 2018, p.2101.

<sup>98</sup> MEKKI (M.), « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015, p.816.

réforme de mars 2015 relevait qu'il manquait cette précision relative au « *caractère impératif et indérogable* »<sup>99</sup>. Le lien entre les deux était fait. Le caractère d'ordre public signifierait que la bonne foi a un caractère impératif : elle est obligatoire, il faut la respecter et on ne peut pas y déroger. La bonne foi est un principe qui ne peut être exclu ou limité. Les parties peuvent si elles le souhaitent la rendre plus prégnante mais en aucun cas l'amenuiser. Quoiqu'il en soit, elle existera et les parties devront s'y conformer, même si elles pourront jouer sur son intensité. Néanmoins, il convient de s'interroger sur la viabilité d'un tel raisonnement. Si le législateur voulait en faire une disposition seulement impérative, pourquoi passer par l'ordre public ? Il lui aurait suffi de disposer que la bonne foi a un caractère impératif. Ce ne sont pas les termes qui ont été retenus. Ordre public ne rime pas avec impérativité, du moins pas en intégralité. Si l'impérativité est une composante de l'ordre public, elle n'est pas la seule. Le raccourci fait par les auteurs est peut-être trop rapide dans la mesure où l'impérativité de la bonne foi n'est plus à démontrer. Ils ont éclairé cet alinéa à la lueur d'une pratique jurisprudentielle et doctrinale constante. C'est peut-être ici un point de faiblesse d'une réforme qui reprend « à droit constant » ou du moins à esprit constant certaines institutions déjà en place. De ce fait, la doctrine essaie de justifier les nouvelles dispositions à l'aune de l'ancien régime associé à celles-ci. De manière rationnelle, on est toujours tenté de rattacher les nouvelles dispositions à ce que l'on connaît déjà, d'autant plus quand le changement n'est pas manifeste, comme c'est le cas ici entre impérativité de fait et ordre public de droit.

D'autres auteurs ont cependant décidé de faire preuve de contradiction et de passer par une analyse « exégétique » du texte : lui faire dire ce qu'il dit, sans *a priori*, ni comparaison à ce que l'on sait déjà, de manière naïve. Il s'agit alors de regarder *stricto sensu* ce que dit le texte et en tirer les conséquences juridiques théoriques. C'est en analysant de la sorte le caractère d'ordre public associé à la bonne foi que Monsieur le professeur Nicolas Balat s'est demandé si « *le juge contrôlerait d'office la bonne foi des contractants* »<sup>100</sup>.

Selon lui, il se pourrait que le régime de la bonne foi ne soit pas le même que celui d'avant 2016, notamment en raison de cet alinéa 2. Face à la lecture de cet alinéa, le caractère

---

<sup>99</sup> *idem*, p.822.

<sup>100</sup> BALAT (N.), « Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ? », *D.* 2018, p.2099 et suiv.

d'ordre public pourrait ainsi, appliqué de manière stricte, faire changer d'aspect la bonne foi contractuelle. Si l'impérativité qui en découle ne pose aucun problème, elle ne va peut être pas assez loin et on ne tire pas toutes les potentialités de ce caractère d'ordre public. C'est ainsi que Monsieur Balat souligne qu'il existe un lien très ténu entre « *le caractère d'ordre public et le relevé d'office du juge* »<sup>101</sup>. Il rattache d'ailleurs cette analyse à certaines dispositions et décisions existantes en matière de procédure civile, de droit de la consommation. De manière plus approfondie, il relève que certaines décisions récentes de la cour de cassation semblent également aller dans ce sens : le caractère d'ordre public justifie un relevé d'office du juge. Par exemple, un arrêt de la chambre mixte de la cour de cassation en date du 7 juillet 2017 considère que « *si le juge n'a pas, sauf règles particulières, l'obligation de changer le fondement juridique des demandes, il est tenu, lorsque les faits dont il est saisi le justifient, de faire application des règles d'ordre public (...) même si le demandeur ne les a pas invoquées* »<sup>102</sup>. Ainsi, il apparaît que le caractère d'ordre public, en plus de l'impérativité permet au juge de relever d'office la disposition et d'opérer le respect de celle-ci. Cela renforce l'impérativité puisque le contrôle peut devenir quasi-automatique. Il convient, à l'aune de cette analyse, de s'intéresser à l'impact que pourrait avoir un relevé d'office de la bonne foi au sein de la matière contractuelle.

De manière positive, le fait de relever d'office la bonne foi pourrait permettre d'améliorer la fonction classique de la bonne foi, sa fonction d'appréciation du comportement contractuel. En effet, chaque litige pourrait donner lieu à un contrôle de la bonne foi contractuelle. De cette manière, le régime servirait alors la fonction : dans chaque espèce, la bonne foi pourrait être débattue et le comportement analysé. La bonne foi jouerait sa fonction, son rôle de manière intensive, pleine et entière. Cela permettrait ainsi de ne pas attendre qu'une partie la soulève ou alors que certaines parties transigent pour éviter de voir la bonne foi amenée sur le tapis. Donner le pouvoir au juge de la relever, c'est confier à un arbitre « neutre » la possibilité de faire ressortir les problématiques liées au comportement contractuel. D'ailleurs, un contrôle accru pourrait faire émerger un rôle de prévention. Cela

---

<sup>101</sup> *idem*, p.2100.

<sup>102</sup> Cass., ch. mixte, 7 juil. 2017, n°15-25.651 : *Bull.* n°284 ; *D.* 2017, p.1800, note BACACHE (M.) ; *D.* 2018, p.35, obs. GOUT (O.) - p.583, obs. POILLOT (E.) ; *RTD civ.* 2017, p.829, obs. USUNIER (L.) - p. 872, obs. JOURDAIN (P.) - p.882, obs. GAUTIER (P.-Y.) ; *RTD eur.* 2018, p.341, obs. JEAUNEAU (A.) cité par BALAT (N.), « Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ? », *D.* 2018, p.2100.

pousserait les parties à se comporter de manière loyale dans la mesure où elles seraient sous le joug d'un possible relevé d'office et d'une sanction. On aurait un effet épée de Damoclès.

*A contrario*, une telle possibilité connaît aussi ses limites. La place du juge au sein du contrat en sortirait renforcée et la doctrine contractuelle libérale n'est jamais conquise pour faire jouer un rôle prépondérant au juge, centre de la critique contre le solidarisme. Le contrat est le fait des parties et le juge ne doit pas pouvoir intervenir de manière omnipotente. Contrôler d'office le comportement contractuel pourrait donner des pouvoirs trop importants au juge qui se ferait gardien du comportement contractuel. Pour Monsieur Balat, le juge revêtirait alors « *l'habit d'un redresseur de torts contractuels, (apparaissant) assez éloigné des solutions d'équilibres qui caractérisent le droit français des contrats* »<sup>103</sup>. C'est pourquoi, la solution actuelle, qui laisse aux parties le fait de la soulever semble plus pertinente et moins intrusive.

Qu'en penser ? D'un point de vue de l'orthodoxie juridique, il convient de rester pragmatique et de rester sur la position qui est celle du juge depuis la renaissance de la bonne foi : celle de laisser aux parties le soin de la soulever. Cela permet de respecter l'esprit du droit des contrats français. En théorie, la barre ne semble pas être franchie vers une intrusion du juge dans le contrat. Le législateur, peut-être trop enthousiaste, est allé sûrement trop loin et aurait dû se contenter du caractère impératif qu'il voulait certainement consacrer, voulant interdire les dérogations *in pejus*. C'est ainsi que Monsieur Balat souligne, reprenant les propos de Portalis, qu'il faut « *étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue* »<sup>104</sup>. D'un autre côté, une telle solution pourrait amener en pratique à un peu plus de fraternité et de justice contractuelle, dans la mesure où la figure de proue des défenseurs de cette philosophie serait contrôlée quoiqu'il arrive par un juge gagnant du pouvoir. La fonction classique de la bonne foi gagnerait aussi en importance, cet élément de régime la plaçant au centre des débats. Cependant, le modèle contractuel français n'est pas encore prêt et ne le sera peut-être jamais, à accueillir un tel bouleversement dans ses fondations et il paraît alors logique de privilégier la sécurité juridique. Encore une fois, la justice contractuelle doit être poursuivie, sans jamais venir porter atteinte à la sacro-sainte sécurité.

---

<sup>103</sup> BALAT (N.), « Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ? », *D.* 2018, p.2101.

<sup>104</sup> *ibid.*

Désormais éclaircie la question de la détermination du comportement déloyal, reste à s'intéresser à la sanction engendrée par une telle constatation, sanctions judiciaires plurielles (**Section 2**).

### **Section 2 : Des sanctions judiciaires plurielles**

S'il est un élément de régime qui pose question, il s'agit bien de la sanction du comportement contractuel déloyal. La cour de cassation dans un célèbre arrêt *Les Maréchaux* en date du 10 juillet 2007 a disposé que « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* »<sup>105</sup>. Elle confirme ici que la sanction est bien celle du juge mais si elle vient exclure une des sanctions : l'atteinte à la substance des droits et obligations, elle ne vient pas cependant donner les sanctions possibles du comportement déloyal. Elle exclut mais n'affirme pas. Là encore, de manière logique, cela permet de laisser la voie libre au juge qui connaît la sanction qu'il ne peut pas prononcer mais qui reste libre quant à celles possiblement mises en oeuvre. La bonne foi classique, instrument d'appréciation reste entre les mains du juge au stade de la sanction. Dans cet arrêt de principe, la cour de cassation vient aussi faire passer le message que le coeur du contrat, le *bargain* anglo-saxon, est intouchable via la bonne foi. Cette dernière ne peut pas permettre d'atteindre les obligations principales. Cela peut être justifié par le fait qu'elle concerne la manière d'exécuter le contrat, le comportement contractuel et non le contenu contractuel. Pour sanctionner ce dernier, d'autres moyens existent. Cette solution permet donc de respecter l'essence de l'impératif de bonne foi et d'être en accord avec sa fonction.

S'il semble que certaines sanctions puissent être écartées d'office<sup>106</sup>, deux sanctions semblent être systématiques lorsqu'il s'agit de sanctionner un manquement à la bonne foi :

---

<sup>105</sup> Cass., ch. com., 10 juil. 2007, n°06-14.768 : *D.* 2007, p.2839, note STOFFEL-MUNCK (P.) - p.2844, note GAUTIER (P.-Y.) - p.2966, obs. AMRANI MEKKI (S.), FAUVARQUE-COSSON (B.) ; *RTD civ.* 2007, p. 773, obs. FAGES (B.) ; *RTD com.* 2007, p.786, obs. LE CANNU (P.), DONDERO (B.) ; *Dr et patr.* 2007, n° 162, p. 94, obs. STOFFEL-MUNCK (P.).

<sup>106</sup> V. sur les sanctions inappropriées et discutées : JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2016, p.380 à 383.

l'allocation de dommages et intérêts et la déchéance. Si les premiers ne paraissent que partiellement adaptés (B), il apparaît que la seconde est la sanction à privilégier (A).

### **A) La déchéance, sanction privilégiée**

Selon le vocabulaire juridique de l'association Capitant, la déchéance est « *la perte du droit d'agir qui frappe celui qui n'effectue pas les diligences nécessaires dans le délai requis ; n'observe pas les formes exigées ; ou celui auquel est imputable une négligence caractérisée* »<sup>107</sup>. De manière synthétique, il s'agit de la perte d'un droit ou de la privatisation d'un droit. Certains parlent aussi de paralysie. L'idée sous-jacente est que le cocontractant en cas de mauvaise foi sera dans l'impossibilité d'invoquer les droits conférés par la loi ou le contrat. Par analogie, il pourrait s'agir d'une sorte de fin de non-recevoir. Cette sanction un peu à part en droit des contrats a connu des études précises comme celle conduite par Madame Luxembourg<sup>108</sup>. De son côté, Ripert signifiait par rapport à cette sanction que « *si le juge ne peut pas donner au juste plus que la loi ne lui donne, il se reconnaît le pouvoir d'enlever au coupable les avantages de la situation juridique que celui-ci avait cru acquérir* »<sup>109</sup>. Cette vision permet de mettre en exergue la fonction de la bonne foi : elle n'apporte aucun avantage dans la mesure où elle va de soi, qu'elle est « normale » mais *a contrario* son manquement entraîne des conséquences dont la privilégiée est la déchéance. Cela permet de saisir de manière claire et succincte l'esprit de cette sanction. Elle est là pour neutraliser le pouvoir du sanctionné, pas le droit en lui-même ce qui permet de satisfaire aux exigences de la Haute Cour datant de l'arrêt *Les Maréchaux*. On ne touche pas à l'existence du droit mais on empêche ses conséquences. Cette sanction est souple et beaucoup moins contraignante que la responsabilité classique et sa trilogie : faute, préjudice et lien de causalité. La seule chose exigée, c'est un comportement déloyal et ensuite la sanction peut se mettre en marche.

---

<sup>107</sup> ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dir. CORNU (G.)), *Vocabulaire juridique*, spéc. « Déchéance », Quadrige, 12ème éd., Paris : PUF, 2018, p.266.

<sup>108</sup> LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits - Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Thèse Paris-II, préface GHOZI (A.), Université Panthéon-Assas, 2008.

<sup>109</sup> RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, Anthologie du droit, Paris : LGDJ, 2014, n°159.



Comme le soulignent Messieurs Le Tourneau et Poumarède<sup>110</sup>, la déchéance permet de paralyser le jeu de certaines prérogatives, qu'elles soient légales ou conventionnelles.

Concernant les prérogatives légales, le comportement de mauvaise foi peut permettre de venir empêcher, paralyser le jeu : de délais de grâce, de dispositions propres aux personnes de bonne foi comme celles liées au surendettement, etc. Effectivement, certaines dispositions imposées par la loi sont réservées aux personnes de bonne foi, notamment en matière de droit des entreprises en difficultés. Le fait d'être de mauvaise foi a donc pour effet immédiat de ne pas pouvoir les invoquer, de déchoir la possibilité de les invoquer. Un contractant qui déciderait d'invoquer ses dispositions tout en le faisant de mauvaise foi se verrait opposer cette dernière et refuser le droit de bénéficier de certaines prérogatives. C'est l'essence de cette sanction.

Concernant les prérogatives contractuelles, il en va de même. Aux prémisses de la relation contractuelle, les parties se mettent d'accord sur l'objet et le contenu contractuel. Elles créent un outil qui répond à leurs attentes et le jeu de la négociation contractuelle permet d'aboutir à un acte de prévision sur-mesure. Cependant, lorsqu'elles prévoient leur relation à venir, elles les pensent dans les meilleures conditions, dans le respect de l'impératif de bonne foi. D'ailleurs, l'article 1104 rappelle que « *les contrats (...) doivent être exécutés de bonne foi* ». Dès lors, de manière logique, si une prérogative est utilisée de mauvaise foi, il est en réalité impossible de les exécuter et donc de s'en prévaloir. La déchéance prend tout son sens. L'impératif de bonne foi n'est pas respecté, le contrat ne peut donc pas être exécuté et le contractant ne peut se prévaloir de sa prérogative contractuelle. Dès lors, le juge n'hésitera pas à mettre à l'écart les clauses ou mécanismes contractuels s'ils sont invoqués de mauvaise foi. C'est bien là la sanction principale : neutraliser les clauses. Par exemple, si une clause résolutoire est invoquée par un cocontractant dans un but étranger à son esprit, à sa fonction principale, elle est alors invoquée de mauvaise foi et la Cour de cassation relève au visa de l'article 1134, alinéa 3 ancien « *qu'une clause résolutoire n'est pas acquise, si elle a été mise en oeuvre de mauvaise foi par le créancier* »<sup>111</sup>. Il ne peut pas la faire jouer, son jeu est neutralisé car elle n'est pas mise en oeuvre à la loyale. En l'espèce, une banque invoquait une

---

<sup>110</sup> LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017, §129 et suiv.

<sup>111</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> ch. civ., 31 janvier 1995, n°92-20.654 : *Bull. civ.* 1995, n° 57, p. 41 ; *D.* 1995, p.230, obs. MAZEAUD (D.) ; *RTD civ.* 1995, p.623, obs. MESTRE (J.) ; *Défrénois* 1995, p.749, obs. DELEBECQUE (P.).

clause résolutoire alors que les époux emprunteurs avaient remboursé le montant principal et que cette première avait attendu six ans pour délivrer le commandement de saisie immobilière. Elle n'était pas de bonne foi dans la mise en oeuvre de ce mécanisme et ne pouvait ainsi plus en bénéficier. Les exemples en la matière pullulent et sont liés soit aux conditions de forme, soit à celles de fond dans la mise en oeuvre de diverses clauses (déchéance du terme, mobilité géographique, pénale, de dédit, etc.).

En ce sens, la mauvaise foi, négation de la bonne foi, vient faire contrepoids à la force obligatoire. En venant paralyser une prérogative contractuelle en raison du comportement du contractant, elle paralyse la force obligatoire. Cela peut alors amener à se rappeler la position qui était celle de la bonne foi à l'article 1134 alinéa 3, bras droit de la force obligatoire. Si la bonne foi du contractant complète la force obligatoire lorsqu'elle est mise en oeuvre, elle peut venir réduire son intensité en cas de mauvaise foi. Il sera impossible de se prévaloir de prérogatives conférées par le contrat. On ne nie pas l'existence de la prérogative mais sa mise en oeuvre.

Cette présentation de la déchéance permet d'en tirer l'argument selon lequel elle est la sanction à privilégier en cas de comportement déloyal. Plus intéressante que les dommages et intérêts que nous étudierons par la suite (cf. B), la déchéance permet de remettre les parties dans la situation où elles se trouvaient avant le comportement déloyal. Les dommages et intérêts laissent jouer le comportement contractuel et indemnisent l'individu, ce qui peut permettre parfois d'intérioriser les conséquences de la mauvaise foi tout en profitant de l'acte déloyal. Autrement dit, je vais agir déloyalement en en tirant profit et par la suite je sais que je devrai payer une somme compensatrice à mon cocontractant. Sachant cela, je vais intégrer dans ma production les coûts de ce manquement à la bonne foi et ainsi le bilan coût-avantage sera positif car anticipé. Avec la déchéance, ce n'est pas possible de raisonner ainsi car elle vient en quelque sorte « effacer » le comportement de l'individu, faire comme s'il n'avait pas eu lieu : il voulait invoquer cette clause de manière déloyale, on la prive d'effet donc au final c'est comme si rien ne s'était passé. On prive l'individu de tout avantage escompté et aucune conséquence n'existe sur l'exécution du contrat, on fait un retour en arrière. On en revient à la situation initiale et on protège le cocontractant lésé.

Pour synthétiser ce qui vient d'être dit, on peut prendre l'exemple proposé par Rita Jabbour qui fait de la déchéance la « *sanction primaire* »<sup>112</sup> du manquement à l'exécution de bonne foi. Elle imagine alors<sup>113</sup> un bailleur mettant en oeuvre une clause résolutoire de mauvaise foi. La réparation en équivalent, avec dommages et intérêts ne le protège pas contre l'éviction quand la paralysie de la clause lui permet un maintien dans les lieux. La situation la plus bénéfique est la seconde, la mise en oeuvre de la déchéance. Cette sanction coche toutes les cases au final car elle vient boucler la boucle de la fonction classique de la bonne foi. On veut apprécier le comportement contractuel et s'il est déloyal, on l'efface pour en revenir à la situation initiale et repartir dans une relation de bonne foi. La déchéance vient donc permettre la mise en oeuvre de la bonne foi contractuelle pour l'avenir. Dès lors, respectant au mieux la fonction de la bonne foi classique, elle est la sanction à privilégier dans le cadre d'un manquement. Elle semble être de l'essence même de la bonne foi. La déchéance semble en mesure de répondre aux attentes de la bonne foi tout en étant la sanction la plus pérenne.

L'étude de la déchéance a pu permettre de démontrer que cette sanction est proportionnée au manquement et qu'elle permet d'annihiler le comportement en cause. Cependant, de manière subsidiaire l'allocation de dommages et intérêts peut se révéler adaptée dans certaines situations **(B)**.

### **B) Les dommages et intérêts, sanction partiellement adaptée**

La fonction indemnitaire de la bonne foi via l'allocation de dommages et intérêts a souvent été mise en avant et privilégiée. Néanmoins, comme on vient de le démontrer, la déchéance paraît la plus à même de répondre aux fonctions de la bonne foi contractuelle. Mais, cette sanction n'est pas toujours la plus adaptée. Elle doit être privilégiée certes, toutefois il faut prévoir la possibilité de la compléter voire de la remplacer et c'est à ce titre

---

<sup>112</sup> JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2016, p.384 et suiv.

<sup>113</sup> *id.*, n°501, p.390

que les dommages et intérêts semblent adaptés. D'ailleurs, ils ont souvent été prononcés, comme ce fût le cas dans le célèbre arrêt *Huard*<sup>114</sup>.

Institution classique de la responsabilité civile, les dommages et intérêts peuvent être utilisés et sont utilisés pour sanctionner les manquements à l'impératif de bonne foi. En effet, c'est un devoir contractuel et y manquer peut entraîner la responsabilité contractuelle. Entraînant une réparation par équivalent, l'allocation de dommages et intérêts est la sanction sur-mesure en cas de préjudice subi par le cocontractant. La déchéance, elle, ne regarde pas le préjudice subi, elle regarde s'il existe un comportement déloyal, une faute, elle s'arrête là. Les dommages et intérêts sont plus difficiles à invoquer car ils nécessitent la présence d'une faute (l'acte déloyal le plus souvent), d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux. C'est le jeu de la responsabilité par excellence qu'il n'est pas toujours facile de mettre en oeuvre. Là encore, il s'agit d'un argument en sa défaveur et en faveur de la déchéance plus malléable. En réalité, il n'est pas difficile d'imaginer que la mauvaise foi entraîne un dommage pour un des cocontractants. Par exemple, si l'un viole une obligation de confidentialité, on comprend que cela cause un dommage à l'autre et qu'il faudra alors une réparation. D'ailleurs, d'un point de vue de la responsabilité civile, la mauvaise foi semble agir comme le dol ou la faute lourde<sup>115</sup> et permet d'aggraver la responsabilité. Entre autres, le contractant de mauvaise foi pourra être tenu de toutes les conséquences de l'inexécution du contrat y compris celles imprévisibles, les clauses élusives ou limitatives de responsabilité seront exclues ou bien encore la mauvaise foi pourrait être une cause d'extension de la réparation due en vertu de la garantie des vices cachés<sup>116</sup>.

Les dommages et intérêts ne doivent pas être, en matière de bonne foi, la sanction automatique. Ils doivent venir en second, comme le souligne Madame Rita Jabbour<sup>117</sup>. En analysant les diverses situations, il semble que leur pertinence se justifie dans deux situations,

---

<sup>114</sup> Cass., ch. com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547 : *D.* 1995, p.85, obs. FERRIER (D.) ; *RTD civ.*, 1993, p. 124, obs. MESTRE (J.).

<sup>115</sup> LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017, §136.

<sup>116</sup> V. sur ces questions les exemples cités par LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.) dans leur article du répertoire de droit civil consacré à la bonne foi, spéc. §136.

<sup>117</sup> JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2016, §2, p.395 et suiv.

à deux moments clés : lorsque la déchéance est impossible ou lorsqu'un préjudice se greffe à une exécution déloyale.

Dans certaines situations, il apparaît que la déchéance est impossible quand bien même elle est privilégiée. L'essence de cette sanction est de revenir sur le comportement déloyal, de l'effacer pour repartir sur de nouvelles bases et faire jouer la bonne foi. Cependant, dans certains cas, il est impossible de faire machine arrière. On atteint alors la limite de la déchéance qui se révèle insuffisante, inopérante, inadaptée. La déchéance est une sanction en nature, qui revient sur l'existence de la faute commise. Or, parfois, la sanction en nature est impossible juridiquement, notamment en cas d'obligation de faire ou de ne pas faire qui pourrait être exécutée de mauvaise foi. Dans ce cas, à condition qu'un préjudice soit démontré, les dommages et intérêts sont la sanction adaptée. Parfois, c'est une impossibilité matérielle<sup>118</sup> qui fait que la déchéance ne peut être mise en oeuvre. Par exemple, la clause de confidentialité n'est pas respectée ou mise en oeuvre de mauvaise foi. L'information est divulguée. La déchéance ne pourra venir effacer de la mémoire de tous ce qui a été révélé, c'est matériellement et physiquement impossible. Les conséquences sont irrévocables, on ne peut revenir dessus. Dès lors, la déchéance ne peut pas jouer, elle perd sa raison de vivre, c'est pourquoi on aura recours à des dommages et intérêts si le préjudice du fait de la violation de l'obligation de confidentialité est démontré. Dans d'autres cas, la poursuite de l'exécution en nature via la déchéance ne peut pas être observée ou n'a aucune raison d'exister. C'est notamment vrai pour certains contrats tels que les contrats de travail ou encore lors d'abus dans la fixation du prix. Le mal est déjà fait et même un retour en arrière ne pourra rien y changer. La bonne foi est le socle d'une certaine confiance contractuelle et la mauvaise foi vient souvent rompre cette confiance. C'est pourquoi la déchéance venant effacer juridiquement les conséquences de la mauvaise foi ne peut pas toujours les effacer mentalement de l'esprit des cocontractants. Il vaut mieux ainsi passer par la sanction pécuniaire.

Dans d'autres situations, les dommages et intérêts ne vont pas venir suppléer la déchéance mais agir de concours avec, c'est-à-dire la compléter. Là, il s'agit de revenir simplement à la responsabilité contractuelle classique. L'exécution de mauvaise foi vient causer un préjudice, un dommage. Si la déchéance permet d'agir sur la faute, de revenir

---

<sup>118</sup> *ibid.*

dessus, elle ne permet pas cependant de réparer ce préjudice. Elle joue seulement sur le comportement mais ce dernier peut avoir d'ores et déjà produit un dommage. Les dommages et intérêts vont permettre de venir réparer ce préjudice, les conséquences de la mauvaise foi. Elles vont agir ensemble : la déchéance traitera la source du mal quand les dommages et intérêts traiteront le mal en lui-même. Elles vont de paire permettant alors de rétablir la situation dans tous ses aspects.

C'est lorsqu'ils viennent compléter la déchéance que les dommages et intérêts comme sanction de la bonne foi sont les plus adaptés : la déchéance vient traiter le comportement contractuel déloyal et l'indemnisation permet de réparer le préjudice. De la sorte, les parties peuvent reprendre leur relation dans les meilleures conditions et en respectant la bonne foi contractuelle. Le contractant responsable sera amené à se comporter de bonne foi pour ne pas se retrouver de nouveau paralysé et devra indemniser l'autre du préjudice qu'il a subi. Ce dernier quant à lui bénéficiera toujours du contrat conclu et verra son préjudice réparé. L'exécution du contrat pourra ainsi continuer en intégrant les impératifs de bonne foi peut être de manière plus forte encore.

Ainsi, si les dommages et intérêts comme seule sanction n'ont aucun intérêt en matière de bonne foi contractuelle, la déchéance étant le meilleur outil, il ne faut pas négliger le rôle qu'ils ont à jouer lorsqu'ils suppléent ou complètent cette déchéance. Cela permet à la bonne foi de jouer son rôle, de respecter sa fonction et de rester un outil phare et pertinent en matière d'appréciation du comportement contractuel.

### **Conclusion du chapitre 2 et de la première partie**

Concernant la sanction du comportement déloyal, il s'agissait de démontrer que si la détermination de la mauvaise foi n'était pas toujours une mince affaire et qu'elle répondait à certains impératifs, intrinsèquement, la nouvelle disposition de l'article 1104 alinéa 2 contient une possible machine destructrice du socle de la philosophie contractuelle française, une « *bombe contractuelle* » comme la qualifiait Monsieur Nicolas Balat<sup>119</sup>. Si cela reste au stade

---

<sup>119</sup> BALAT (N.), « Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ? », *D.* 2018, p.2101

de la théorie juridique, rien ne sait de quoi l'avenir sera fait et l'autorité juridictionnelle commence seulement à apprivoiser ces nouvelles dispositions. Il faudra regarder les décisions fondées sur l'article 1104 nouveau et voir la direction qui sera prise. Seulement, si le juge ouvre cette boîte de Pandore, la doctrine est déjà aux aguets, plume à la main pour venir le contredire.

Une fois la mauvaise foi déterminée, le juge dispose d'une certaine liberté concernant la sanction. La déchéance paraît être la sanction la plus appropriée pour répondre au rôle que joue la bonne foi en matière d'exécution du contrat, même si les dommages et intérêts sont la sanction qui est la plus à même de venir la compléter. La déchéance permet de respecter l'arrêt du 10 juillet 2007 relatif aux sanctions de la mauvaise foi mais le législateur n'ayant pas repris la solution, là encore, le juge post-réforme pourrait faire évoluer les choses même s'il n'est pas souhaitable que ce soit le cas.

Pour conclure cette première partie, il est nécessaire de revenir sur le fait que la fonction d'appréciation du comportement contractuel, fonction classique de la bonne foi, à la base de sa renaissance, est servie par un régime prétorien souple, malléable, qui lui permet d'aboutir à ses fins. Cette liberté, tant dans l'appréciation que dans la sanction lui permet d'apprécier le comportement contractuel de manière large et précise. Il peut s'adapter à toutes les situations et toutes les sortes de contrats, la matière contractuelle étant généralement florissante. La bonne foi prescrivant un comportement contractuel loyal, voire parfois coopératif lorsque le contrat le justifie, le spectre des outils disponibles en raison du silence du législateur est pertinent et performant. Fonction et régime sont donc, dans ce cas, en parfaite adéquation pour tirer toutes les potentialités.

Mais à côté de cette fonction classique d'appréciation du comportement contractuel, il est désormais nécessaire de s'intéresser à la deuxième fonction qui semble émerger, fonction plus étendue, qui pencherait du côté de la politique juridique. La nouvelle bonne foi de l'article 1104 du code civil semble être un principe irrigateur de la vie contractuelle  
**(Partie II).**

## SECONDE PARTIE :

### La bonne foi émergente, principe irrigateur de la vie contractuelle

Les cendres des débats relatifs à l'existence de principes directeurs en droit des contrats sont encore toutes fraîches et il pourrait peut-être même rester encore quelques braises prêtes à raviver la flamme. Quoiqu'il en soit, depuis l'adoption de dispositions liminaires par la réforme de 2016, confirmée par la loi de ratification de 2018, l'encre a coulé.

Existe-t-il des principes directeurs en droit des contrats ? Cette recherche n'a aucune vocation à répondre à cette question, certains auteurs y ayant déjà grandement contribué<sup>120</sup>. Ce que l'on peut par contre relever, c'est l'innovation opérée par la réforme en ce qui concerne le contenu des dispositions liminaires dont la bonne foi fait partie. Cela lui donne, indépendamment des effets qui peuvent y être attachés, un statut à part qu'elle partage avec la liberté contractuelle et la force obligatoire notamment. Comme le soulignent Messieurs Chantepeie et Latina, on a une « *mise en valeur de la bonne foi qui quitte les effets pour intégrer ces dispositions liminaires* »<sup>121</sup>. En réalité, ces dispositions liminaires, si elles sont innovantes dans la forme, ne le sont pas outre-mesure dans le fond. Il ne s'agit que d'une reprise des règles préalablement existantes. Cela permet de leur accorder une « *meilleure visibilité (...) rien de plus* »<sup>122</sup>. Ces auteurs insistent sur le fait qu'il ne s'agit pas de principes directeurs comme ils avaient pu être nommés par les avant-projets de réforme. La cristallisation du débat étant de montrer que ces affirmations n'ont « *pas de portée normative accrue* »<sup>123</sup>, que le contrat n'aurait pas à être dirigé.

Cette frilosité et cette bataille lexicale est notamment due à la présence au sein de ces textes de la bonne foi. La liberté contractuelle et la force obligatoire en réalité ne font pas partie de l'équation, elles sont les sentinelles du modèle contractuel français. La qualification

---

<sup>120</sup> De nouveau, v. sur cette question la thèse de Mme GOUBINAT (M.) : *Les principes directeurs du droit des contrats*, dir. BROS (S.), Université de Grenoble Alpes, 2016 (disponible en ligne : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01392405>).

<sup>121</sup> CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations - Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, 2ème éd., Paris : Dalloz, 2018, §74, p.75.

<sup>122</sup> DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - Commentaire article par article*, 2ème éd., Paris : LexisNexis, 2018, p.55.

<sup>123</sup> *ibid.*



autre que celle de principe directeur a pour but d'éviter que les juges fassent « *usage de la bonne foi au-delà de toute mesure* »<sup>124</sup>. C'est la crainte de la doctrine, que la bonne foi puisse être exacerbée et que le juge s'infiltré dans le contrat, on l'a déjà évoqué. Cela explique que la bataille soit si forte pour éviter d'attacher à la bonne foi le statut de principe directeur, et permettre d'en faire théoriquement une machine destructrice du droit des contrats. Mieux vaut finalement prévenir que guérir.

Il convient cependant de soulever ici l'idée que le terme de principe directeur en droit du contrat ne serait pas forcément lié à la technique contractuelle pure mais au contraire qu'il pourrait accéder « *à une dimension axiologique, véhiculant une idéologie politique et juridique* »<sup>125</sup>. Ils refléteraient les valeurs contractuelles chères au modèle français sans pour autant venir trouver une application concrète et exacerbée en matière de technique juridique. Ce serait des principes philosophiques qui éclaireraient les choix opérés par le législateur. Cette appréciation pourrait convenir à la bonne foi qui fait entrer au Panthéon des valeurs contractuelles le recherche d'une certaine justice contractuelle.

À côté de sa nouvelle position de premier ordre, la bonne foi contractuelle a aussi vu sa portée agrandie dans la mesure où étant cantonnée à la seule exécution du contrat à l'article 1134 alinéa 3 ancien du code civil, elle s'est vue attribuer un champ d'application étendu s'étirant de la négociation à l'exécution et passant par la formation du contrat. Ces nouvelles fonctions ne le sont pas vraiment dans la mesure où la jurisprudence n'avait pas hésité à développer le large manteau de la bonne foi sur le domaine contractuel dans son ensemble. Au moins, désormais, les choses sont clairement posées et établies. Cela chasse le doute et permet à la bonne foi contractuelle d'intervenir dès les prémises de la vie contractuelle.

Ainsi, sa nouvelle place au sein du droit des contrats, en tant que disposition liminaire, et sa nouvelle portée consacrée par le législateur peuvent conduire à faire de la bonne foi un principe irrigateur de la vie contractuelle. Ce terme de principe irrigateur permet de saisir sa place et sa portée ainsi que les enjeux liés à ceux-ci. S'il est hors de question de voir la bonne foi enserrer le modèle contractuel français, il ne faut pas non plus nier qu'elle sera amenée à

---

<sup>124</sup> GHOZI (A.), LEQUETTE (Y.), « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.* 2008, p.2609.

<sup>125</sup> GOUBINAT (M.) : *Les principes directeurs du droit des contrats*, dir. BROS (S.), Université de Grenoble Alpes, 2016, spéc. Conclusion générale (disponible en ligne : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01392405>).

jouer un rôle important dans l'équilibre de celui-ci. Infusant de justice contractuelle la vie du contrat dans son ensemble, il sera difficile de faire sans elle désormais et ses potentialités mesurées restent à découvrir.

Ses nouveaux habits de principe irrigateur lui permettront d'être tout à la fois garante de la relation contractuelle (**Chapitre 1**) dès ses débuts et de la cohérence contractuelle (**Chapitre 2**) tout au long de la vie du contrat.

## **CHAPITRE 1 : La bonne foi, garante de la relation contractuelle**

Les contrats doivent être «  *négociés, formés et exécutés de bonne foi* », ainsi le veut la lettre de l'article 1104 nouveau du code civil. Si l'exécution est la fonction classique de la bonne foi, reste alors à s'intéresser à la négociation et à la formation. Ces deux étapes clés de la vie contractuelle servent de socle à tout ce qui viendra par la suite. Irriguées désormais officiellement par la bonne foi, même si c'était déjà le cas officieusement, celle-ci y trouvera sûrement un terrain fertile pour défendre un peu plus la justice contractuelle. Elle permettra alors de venir infuser l'ADN de l'acte et garantir une future relation contractuelle fondée sur la confiance.

La jurisprudence avait déjà saisi l'opportunité de faire entrer la bonne foi dès la négociation et la formation du contrat sans jamais néanmoins dépasser les limites. C'est la raison pour laquelle le législateur a décidé de reprendre ce champ d'application dès les négociations. Il faudra seulement suivre de près les applications concrètes qui seront faites de ce nouvel article 1104 pour savoir s'il s'agit d'une consécration ou alors de la création d'un pouvoir novateur. La première piste sera sans doute privilégiée. Quoiqu'il en soit, le choix d'étendre la bonne foi aux négociations et à la formation du contrat est logique dans la mesure où il faut s'assurer dès le départ que la personne avec qui on négocie puis contracte a un comportement loyal et honnête. Personne ne souhaite s'engager s'il n'existe pas une confiance *a minima*, confiance que la bonne foi se veut de mettre en place.

Ainsi, si la bonne foi pourra se révéler être un instrument au service de la naissance du contrat (**Section 1**), elle irriguera ensuite la vie de celui-ci dans toutes ses étapes pour s'assurer de la pérennité de la relation contractuelle (**Section 2**).

## **Section 1 : La bonne foi, instrument au service de la naissance du contrat**

La bonne foi de l'article 1104 s'est vue confier une nouvelle fonction : celle de venir préparer les bases d'un engagement futur pérenne. Loin de vouloir apprécier le comportement de l'individu, elle vient au contraire essayer de le rendre plus loyal, plus honnête mais surtout plus transparent. Elle vise ainsi plus un rôle de régulateur des échanges que d'outil-sanction du comportement. Le contrat n'étant pas encore formé, elle vient « préparer le terrain » et purifier les relations dans le but de se mettre au service de la naissance du futur acte de prévision.

Si elle a inspiré et inspirera sûrement des obligations précontractuelles (A), elle est un outil prépondérant de la négociation à la formation d'un contrat viable (B).

### **A) La bonne foi, inspiratrice d'obligations précontractuelles**

La bonne foi créatrice d'obligations précontractuelles n'est pas une utopie ou un énième argument de la doctrine solidariste. Si le modèle contractuel français ne semble pas opter pour une bonne foi source d'obligations, ce n'est pas le cas de certains modèles qui lui attribuent ce rôle. La bonne foi dans le modèle contractuel français reste un devoir, une norme de comportement qui n'a pas de portée normative. Aucune obligation ne pourra explicitement être tirée de la bonne foi. Sur cette question, un véritable débat a lieu, certains affirmant qu'aujourd'hui la « *bonne foi est devenue (...) une sorte de terreau enrichi dans lequel les tribunaux font pousser de façon intensive de multiples sous-obligations* »<sup>126</sup>. A contrario, d'autres affirment l'« *impropriété de la fonction créatrice d'obligations* »<sup>127</sup>. Notamment, ces arguments reposent sur le fait que le code civil contient d'autres dispositions ayant pour objectif de venir participer à la création d'obligations. C'est notamment le cas de l'article 1135 ancien du code civil devenu 1194, qui dispose que « *les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ». Fondement textuel difficile à remettre en question concernant l'hypothèse de la création

---

<sup>126</sup> ANSELME-MARTIN (O.), « Étude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi », *LPA*, 22 janv. 1997, n°10, p.18, n°3.

<sup>127</sup> JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2016, p.165.

d'obligations, il n'y avait pas la place pour deux textes assurant la même fonction. Il était alors clair que si l'article 1135 ancien était « *une nouvelle source du contenu contractuel* »<sup>128</sup>, tel ne pouvait pas être le cas de l'article 1134 alinéa 3, faute de quoi le législateur n'aurait pas assuré sa mission. C'était en tout cas l'argument phare du rejet de cette fonction créatrice, soutenu par l'argument classique qui veut que la bonne foi ne s'intéresse pas aux obligations ni à leur contenu mais qu'elle regarde la manière dont elles sont exécutées<sup>129</sup>. Dès lors, impossible qu'elle puisse s'intéresser de manière plus large à la création d'obligations.

Cependant, si de tels raisonnements pouvaient avoir cours en ce qui concerne l'exécution du contrat, s'ils seront toujours vrais à l'avenir, il faut se demander si lorsqu'il s'agit de la phase précontractuelle la bonne foi ne gagnerait pas à trouver sa raison d'être dans la création d'« obligations » permettant d'aboutir à un outil contractuel fiable. C'est en ce sens qu'il faut parler de bonne foi inspiratrice. L'adjectif « créatrice » n'est pas approprié en raison de ce qu'il peut connoter d'un point de vue de la technique juridique. Si la bonne foi n'enfante pas des obligations, il se peut qu'elle puisse néanmoins, en irriguant le modèle contractuel d'une idée de justice, amener à faire de la phase précontractuelle un haut lieu d'échanges justes, loyaux et honnêtes en venant inspirer, infuser certains mécanismes.

Pour Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, le nouvel article 1104 « *exprime un principe d'où découle des normes d'un degré de généralité moins élevé* »<sup>130</sup>. Cette affirmation permet d'entrevoir certaines potentialités de la bonne foi contractuelle nouvelle sans pour autant lui donner un tremplin émancipateur. Autrement dit, les auteurs parlent de principe non pas créateur mais plutôt d'un principe inspirateur, d'une norme générale qui va venir de manière plus ou moins importante diffuser certaines autres normes moins générales. Messieurs Deshayes, Genicon et Laithier ne parlent pas d'obligations, ni de création. Ils semblent avoir parfaitement cerné cette fonction de principe irrigateur. En amont, la bonne foi ; en aval, des normes moins générales. Ils n'amplifient pas le rôle de la bonne foi mais lui reconnaissent une certaine place dans le jeu des normes contractuelles. Par la suite,

---

<sup>128</sup> V. sur cette question : MOULY-GUILLEMAUD (C.), *Retour sur l'article 1135 du code civil - Une nouvelle source du contenu contractuel*, thèse Montpellier I, 2004, préf. FERRIER (D.), LGDJ, 2006.

<sup>129</sup> *id.*, p.171, sous-section 2, en tête.

<sup>130</sup> DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - Commentaire article par article*, 2ème éd., Paris : LexisNexis, 2018, p.62.

ils viennent citer divers exemples : l'obligation précontractuelle d'information, les règles relatives à l'abus dans la fixation du prix, etc... font partis de ces normes qui découlent de cet impératif de bonne foi. Effectivement, la jurisprudence a été très prolifique lors de la renaissance de la bonne foi pour venir mettre en lumière certains mécanismes. Le juge allait puiser au sein de l'article 1134 alinéa 3 pour en faire émerger des règles plus ou moins contraignantes mais qui venaient quoiqu'il en soit contrebalancer une sécurité juridique parfois trop stricte. Ces mécanismes se sont inspirés de la bonne foi ou du moins de la justice contractuelle. Certes, il est maintenant possible de s'appuyer sur des articles propres du code civil pour démontrer que l'obligation existe par elle-même mais en réalité c'est parce que le législateur a estimé nécessaire de venir graver ces mécanismes dans le marbre de la loi. La réforme a d'ailleurs permis d'en consacrer de nouveaux ou d'en remodeler certains. Or, avant ces consécutions, c'est le juge et son pouvoir créateur qui est venu créer ces mécanismes et force est d'affirmer que la bonne foi semble avoir plané au dessus de leur berceau. Le juge voulait imprégner le contrat de justice contractuelle. Par contre, il est sûr qu'une fois consacrée, il est « *techniquement superflu* »<sup>131</sup> de les rattacher à la bonne foi car on passe directement par ces notions. Elle est trop floue et des notions plus précises permettent de faire la mise au point.

Maintenant, il faut aussi se demander ce qu'il adviendra à côté de ces notions déjà existantes et consacrées. Le droit est en perpétuel mouvement, il ne cesse d'évoluer avec la société qu'il fonde et de nouvelles problématiques sociétales entraînent la nécessité d'intervenir pour mettre de l'ordre, d'autant plus dans le monde contractuel où les avantages recherchés poussent parfois à franchir les lignes déjà en place. Or, le législateur peut mettre du temps pour mettre le fer au feu. C'est alors là que la bonne foi contractuelle pourra se révéler utile. Ce qu'elle a fait par le passé, elle peut être amenée à le refaire : inspirer, au nom de la justice contractuelle, certains mécanismes précontractuels permettant de venir construire sur des bases stables et solides un futur accord. Le flou est toujours mieux que le néant. Le juge se servira de son outil malléable pour venir inspirer ses décisions et en attente que le législateur intervienne. La bonne foi sert en quelque sorte d'antichambre à de futures obligations textuelles, c'est en ce sens qu'elle est inspiratrice et non créatrice. Messieurs

---

<sup>131</sup> *id.*, p.63.

Chantepie et Latina écrivaient que la bonne foi pouvait aller jusqu'à « *imposer des obligations positives aux parties* »<sup>132</sup>. Si tel ne semble pas être le cas, elle peut néanmoins venir les inspirer. L'article 1104 ne vient pas dire le contraire et là encore la balle se retrouve dans le « camp » du juge. Il décidera ce qu'il en fera. L'entrée de la négociation et de la formation à l'article 1104, périodes clés dans cette fonction de « création » d'obligation, donnera plus de légitimité, de crédit à ces diverses créations jurisprudentielles. Si la bonne foi n'a aucun pouvoir créateur en tant que tel, sa plasticité et sa malléabilité font qu'elle peut servir d'inspiration à ces obligations précontractuelles.

À côté de cette possible fonction inspiratrice, et non créatrice, il est nécessaire de venir souligner que la bonne foi est un outil prépondérant de la négociation à la formation du contrat (**B**), qui contribue réellement à la naissance de cet acte de prévision.

### **B) La bonne foi, outil prépondérant de la négociation à la formation**

Consacrée par la réforme de 2016, la bonne foi contractuelle dans la négociation du contrat joue un rôle important et trouve un véritable terrain fertile où elle déploie ses potentialités. Irriguant le contrat dans ses prémisses jusqu'à sa véritable naissance, l'impératif de bonne foi permet de venir poser les bases d'une relation future sereine. Il apporte des garanties aux futures parties.

La négociation contractuelle, période précontractuelle, est un réel enjeu dans le processus emmenant à la naissance du contrat. En effet, il s'agit de la période dans laquelle les contractants se mettent à nu, exposent leurs intentions mais cherchent aussi à faire prévaloir leurs intérêts. N'hésitant pas à se présenter sous leur meilleur jour et même à embellir la réalité, il fallait alors que des règles voient le jour pour protéger les différentes parties mais aussi pour protéger le contenu des négociations. La bonne foi s'est alors imposée en jurisprudence comme l'outil le plus à même de venir répondre à ces problématiques et a commencé à irriguer cette phase. Loyauté, honnêteté, transparence sont des objectifs poursuivis par la bonne foi dans les relations contractuelles et sont de véritables valeurs qui

---

<sup>132</sup> CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations - Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, 2ème éd., Paris : Dalloz, 2018, p.100, n°103.

doivent gouverner le droit des contrats, même lorsqu'il n'existe pas encore de contrat, voir surtout lorsqu'il n'en existe pas. La bonne foi intervient en amont du contrat et fait déjà souffler une certaine idée de justice, de solidarité entre les parties. Le but étant encore une fois de préparer une relation qui se veuille la meilleure possible et ainsi éviter les déconvenues. Cette fonction préventive s'exerce lors de toutes les phases de la négociation. Il faut être de bonne foi dès les premiers rapports contractuels, et ce même s'ils n'aboutiront pas.

La nouvelle place de l'article 1104 du code civil et son nouveau champ d'application permettent de faire jouer à la bonne foi la fonction qui est la sienne. Faisant auparavant partie des dispositions relatives aux effets du contrat, la bonne foi précontractuelle fait désormais partie des dispositions liminaires, mais pas que, puisque l'article 1112 du code civil consacré aux négociations rappelle que ces dernières doivent « *satisfaire aux exigences de la bonne foi* »<sup>133</sup>. Si l'article 1104 a une portée générale, l'article 1112 en fait une application particulière à la négociation rappelant ainsi et confirmant d'autant plus le rôle que la bonne foi a à jouer. Elle irrigue toutes les phases des négociations. Possible limite à la liberté des négociations précontractuelles rappelée par l'article 1112, cette dernière reste la règle. La bonne foi doit être là aussi mesurée.

Quoiqu'il en soit, on retrouve tout au long de cette phase précontractuelle les diverses manifestations de la bonne foi : loyauté et confidentialité notamment et parfois la coopération s'invite aussi à la table dans la mesure où il faut être transparent avec ses pairs. Mais, si la bonne foi revêt les mêmes habits, elle ne joue pas nécessairement le même rôle, la même fonction. Effectivement, le contrat n'existe pas encore, elle ne va pas venir scruter la manière d'exécuter les obligations, mais elle va venir scruter la manière dont est exécutée la liberté de négocier et les différentes normes qu'elles a pu découvrir, inspirer. Tout cela, dans le but de créer un climat favorable de loyauté. La liberté existe mais si elle est exercée de manière contraire à la bonne foi, elle devra être sanctionnée.

Dans l'entrée en pourparlers, les futurs contractants doivent avoir une attitude dénuée de mauvaise foi. Cette dernière peut être caractérisée par le fait qu'un individu entame des pourparlers alors même qu'il sait déjà qu'il n'aura pas l'intention de conclure. Tout est question de bon sens et de respect. Le juge est en réalité confronté à une casuistique forte et il

---

<sup>133</sup> C. Civ., article 1112 al.1er.

doit s'adapter, armé de la bonne foi contractuelle. Par exemple, il n'est pas interdit de conduire des négociations avec plusieurs individus mais il faut agir de manière égale avec chacun d'eux. La cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler dans un arrêt en date du 4 juin 1997 dans lequel elle dispose qu'« *en continuant de mener ces pourparlers sur la base d'un prix manifestement surévalué, tout en proposant dans le même temps à un tiers un prix de 120 francs* »<sup>134</sup>, le défendeur avait manqué au comportement attendu lors des négociations contractuelles. On voit ici la mauvaise foi de l'individu qui d'un côté négocie pour un prix alors que de l'autre il fait de même avec un montant surévalué. La déloyauté est ici caractérisée.

Dans la conduite des pourparlers, il s'agit de tout mettre en oeuvre dans le but de parvenir à la conclusion du futur accord, le tout en étant sincère. C'est-à-dire, qu'il faut continuer les pourparlers dans le but d'aboutir à un contrat et non dans un but autre que celui-ci. Il n'est pas possible de poursuivre les négociations pour obtenir des informations confidentielles ou empêcher un concurrent d'entrer en négociation. La conduite des pourparlers impose aussi le respect d'une certaine confidentialité. Les négociations sont le terrain d'élection de l'échange d'informations, de connaissances ou encore de savoir-faire. Il faut transmettre des informations mais en retour il ne faut pas divulguer celles que l'on reçoit, c'est le propre de la bonne foi de s'en assurer. Elle vient fixer les règles du jeu. C'est aussi dans la conduite des pourparlers que la loyauté peut devenir coopération. Un arrêt rendu par la cour de cassation<sup>135</sup> prévoyait alors qu'en raison des difficultés rencontrées par une partie, l'autre devait refuser de contracter dans son intérêt. Il faut prendre en compte l'intérêt de l'autre dans le fait de ne pas mener à terme les négociations. Cette solution illustre bien le raisonnement à l'oeuvre.

En réalité, la bonne foi contractuelle dans ces phases des négociations est présente, permet de préparer une relation stable et vient en quelque sorte jouer un rôle d'arbitre neutre entre les parties. Elle s'assure que les règles du jeu sont respectées et que chacun se comporte avec loyauté. Elle est garante d'un « cahier des charges » précontractuel. Hormis quelques cas d'espèce, cela ne semble pas poser de problèmes majeurs. Cela est différent lorsqu'on s'intéresse à la rupture des pourparlers.

---

<sup>134</sup> Cass., 2ème ch. civ., 4 juin 1997, n°95-10.574 : *RTD civ.* 1997, p.921, obs. MESTRE (J.).

<sup>135</sup> Cass., ch. com., 22 févr. 1994, n°92-13.871 : *Bull. civ. IV*, n°72 ; *RTD civ.* 1994, p.850, obs. MESTRE (J.).



Tout ouvrage de droit des obligations ne peut faire l'impasse sur la question de la rupture abusive des pourparlers. De nouveau, on parle d'abus mais c'est en réalité la bonne foi qui trouve plutôt à s'appliquer, à tout le moins son esprit. C'est à ce niveau là des pourparlers qu'elle donne le plus lieu à intervenir, en témoigne la célèbre jurisprudence *Manoukian*<sup>136</sup>. La rupture comme le reste des négociations est libre mais encore faut-il respecter les règles loyales. S'il existe bel et bien « *un droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels* »<sup>137</sup>, il est susceptible d'abus, susceptible d'être exercé de mauvaise foi. Et c'est alors là que se crée un jeu de miroir entre notre bonne foi dans l'exécution du contrat et la bonne foi précontractuelle. En effet, cette dernière ne vient pas remettre en cause la liberté de rupture, mais la manière dont est exécutée cette liberté, c'est-à-dire de mauvaise foi. La rupture aura bel et bien lieu, on ne pourra pas forcer un individu à poursuivre les négociations mais il pourra être sanctionné en raison de son comportement. Pour déterminer celui-ci, le juge use d'un faisceau d'indices permettant de savoir si mauvaise foi il y a, ou non. Ainsi, la brutalité, la soudaineté ou encore la tardiveté sont des critères permettant d'aboutir à la connotation d'une mauvaise foi dans l'exercice de la liberté de rupture. Il faut d'ailleurs noter que le juge ne regarde pas les divers motifs invoqués par la partie à l'origine de la rupture. La motivation ou son absence n'entre pas en jeu dans la mesure où, selon Madame Fabre-Magnan, « *l'existence d'une obligation de motivation marque un encadrement du droit et donc un droit moins absolu* »<sup>138</sup>. Puisque la rupture est libre, on ne peut pas l'enserrer dans une motivation. Cela serait contraire au modèle contractuel qui prône la liberté, d'autant plus qu'aucun lien n'unit encore les parties. Il ne faut pas contraindre les parties, la liberté l'emporte sur la justice contractuelle ici. Il est d'ailleurs logique de retrouver une bonne foi plutôt mesurée, enserrée. Les parties ne sont pas encore sous le joug du lien contractuel, aucun contrat n'existe. La bonne foi ne peut pas alors tout justifier, tout demander. C'est

---

<sup>136</sup> Cass., ch. com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243 et n°00-10.949 : *Bull. civ. IV*, n°186 ; *JCP E* 2004, n°738, note STOFFEL-MUNCK (P.) ; *JCP* 2004, I, p.163, n°18 et suiv., obs. VINEY (G.) ; *RTD civ.* 2004, p.80, obs. MESTRE (J.), FAGES (B.) ; *RDC* 2004, p.257, note MAZEAUD (D.) ; *D.* 2004, p.869, obs. DUPRÉ-DALLEMAGNE (S.) ; *Revue des sociétés* 2004, p.325, note MATHEY (N.) ; *Dr. et patr.*, mars 2004, p.102, obs. PORRACCHIA (D.).

<sup>137</sup> Obs. MESTRE (J.), FAGES (B.) à propos de l'arrêt n°04-20.040, Cass., 3ème ch. civ. in *RTD civ.* 2006, p.754.

<sup>138</sup> FABRE-MAGNAN (M.), « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p.441 et s.

d'ailleurs pour cela que l'on peut parler de principe irrigateur, diffus et non de principe directeur. Il n'impose pas, ne dirige pas, mais au contraire vient par diverses touches apposer son esprit et ses valeurs sans pour autant contraindre les parties outre-mesure. La bonne foi vient garantir le bon sens qui n'est pas le propre du monde contractuel au final. Elle vient réparer ce qui devrait être le fil logique des choses.

Là où la bonne foi précontractuelle se distingue aussi de la bonne foi instrument d'appréciation, c'est au niveau de sa sanction. En effet, étant extra-contractuelle, le contrat n'existant pas encore, sa sanction l'est tout autant et elle passe par la responsabilité extra-contractuelle classique. La bonne foi est différente, poursuit une fonction annexe et son régime n'est pas le même. La sanction pourra être l'allocation de dommages et intérêts. Aucune place ici n'a été faite à la déchéance et c'est normal puisqu'il s'agit d'une sanction contractuelle. On ne peut pas effacer ce qu'il s'est passé et revenir en arrière dans la mesure où les parties ne sont pas engagées. De plus, la mauvaise foi alors constatée ne poussera certainement pas les parties à conclure un futur contrat. La moindre faute met fin aux négociations qui ne donneront pas lieu à contrat (on respecte la liberté de rupture) mais à des dommages et intérêts. C'est le prix à payer pour la déloyauté en quelque sorte. Le préjudice réparable a posé de nombreuses questions en jurisprudence et l'article 1112 est venu consacrer notamment la jurisprudence *Manoukian*. « *La réparation du préjudice ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages* »<sup>139</sup>. Ce qui est par contre réparable, ce sont tous les frais afférents à la négociation : déplacements, prototypes, conseils, etc... La bonne foi encore une fois ne justifie pas tous les préjudices, elle vient permettre de réparer les plus évidents et les plus liés à la faute de comportement dans la rupture et à ses conséquences.

La bonne foi change de nature en devenant extra-contractuelle et irrigue une phase dans laquelle les parties s'approprient et fondent ensemble la base de leur contrat. Les normes inspirées et mises en oeuvre dans les négociations permettent d'aboutir à la formation d'un contrat viable. La bonne foi devient alors un instrument au service de la pérennité contractuelle (**Section 2**).

---

<sup>139</sup> C. Civ., article 1112 al.2.

## **Section 2 : La bonne foi, instrument au service de la pérennité contractuelle**

Une fois les négociations effectuées sous l'impératif de bonne foi, un contrat peut alors voir le jour. La formation répond alors elle aussi aux exigences de bonne foi. Si dans la négociation, la jurisprudence et la doctrine s'accordaient sur le rôle joué par la bonne foi, dans la formation il s'agit de se questionner sur le fait de savoir si la bonne foi est ou non une condition de validité du contrat (A). Une fois ceci analysé, il s'agira de manière synthétique, en tirant des conclusions de nos développements précédents, d'étudier comment la bonne foi est devenue un instrument au service de la confiance contractuelle (B).

### **A) La bonne foi, possible condition de validité du contrat**

« On connaît la chanson », cette expression populaire pourrait être utilisée en ce qui concerne les conditions de validité du contrat. Depuis 1804, la tétralogie « *consentement, capacité, objet certain et cause licite* »<sup>140</sup> est connue de tous les praticiens du droit. Même si elle a connu une (r)évolution avec la réforme du droit des contrats en 2016 devenant alors l'article 1128, l'essence même ne semble pas avoir changé. On trouve au sein de cet article plusieurs éléments qui forment désormais une trilogie de la validité du contrat : « *le consentement des parties, leur capacité de contracter, un contenu licite et certain* »<sup>141</sup>. Quoiqu'il en soit, la bonne foi ne semble pas, de près ou de loin, faire partie de cette disposition phare de la formation du contrat.

Or, il semble qu'en regardant par un prisme nouveau l'article 1104 du code civil une hypothèse pourrait s'en dégager. La bonne foi pourrait être une condition de validité du contrat. C'est en tout cas ce que suggèrent Messieurs Le Tourneau et Poumarède<sup>142</sup>. La bonne foi apparaît comme lors de la négociation au stade de la formation, notamment par le biais de l'obligation précontractuelle d'information qu'elle a inspiré avec d'autres notions et qui a été consacrée légalement à l'article 1112-1. Cette consécration semble au final lui ôter le rôle

---

<sup>140</sup> C. Civ., ancien art. 1108 : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention / Le consentement de la partie qui s'oblige / Sa capacité de contracter / Un objet certain qui forme la matière de l'engagement / Une cause licite dans l'obligation* ».

<sup>141</sup> C. civ., art. 1128.

<sup>142</sup> LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017, §51.

majeur qu'elle avait à jouer au stade de la formation. D'où la possible fonction de condition de validité.

L'article 1104 du code civil dispose que « *les contrats doivent être (...) formés de bonne foi* ». La bonne foi est donc une « obligation » qui doit être respectée dans la création de l'acte de prévision. C'est en tout cas ce que le législateur a disposé. On peut alors se demander ce qu'il a voulu dire.

Le lien qui existe avec les conditions de validité concerne principalement les vices du consentement : dol, erreur, violence. On en a déjà parlé en amont concernant le dol. La mauvaise foi pouvant s'en rapprocher, les liens sont ténus et c'est donc par le « *truchement des sanctions de la formation du contrat* »<sup>143</sup> que la bonne foi irriguait la phase de formation contractuelle. Les choses pourraient aujourd'hui être amenées à changer dans la mesure où la bonne foi s'émancipe et que la formation est dorénavant visée textuellement. Si tel était le cas, il y a fort à parier qu'elle se rattacherait aux atteintes au consentement. Si le contractant décide de s'engager, de donner son consentement, acte déterminant dans la formation du contrat, c'est parce qu'il a confiance en l'autre et qu'il fera tout pour exécuter le plus loyalement le contrat. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit d'un contrat *intuitu personae*. Or, si l'autre individu a été malhonnête, déloyal et qu'il a fait en sorte de voir le contrat conclu, on pourra le lui reprocher sur le fondement de la mauvaise foi. On peut alors imaginer qu'elle devienne autonome des vices du consentement, qu'elle vienne se greffer en sus. D'ailleurs, Monsieur le professeur Balat voit ici un lien possible avec cette possible condition de validité dans la mesure où si le juge pouvait relever d'office la bonne foi, elle pourrait, le cas échéant, alors selon lui comme un « *cheval de Troie (...) incitant à rechercher s'il n'y a pas eu vice du consentement ou si toutes les règles relatives au contenu ont loyalement été respectées* »<sup>144</sup>. Il rattache alors la bonne foi à l'examen du contenu du contrat et de la manière dont le contenu a été mis en oeuvre. Au final la validité dans son ensemble pourrait donc être concernée par l'impératif de bonne foi.

Le juge de nouveau sera libre ou non d'en faire une « condition de validité ». On peut néanmoins se demander si le législateur en insérant la formation pensait réellement faire de la

---

<sup>143</sup> *ibid.*

<sup>144</sup> BALAT (N.), « Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ? », *D.* 2018, p.2101.

bonne foi un outil de validité du contrat. Tout d'abord si tel était le cas, pourquoi alors laisser subsister les vices du consentement ? La bonne foi étant plus générale que cela, ils ne seraient plus d'aucune utilité. La mauvaise foi pourrait les inclure. On aurait un législateur schizophrène qui en refondant le code civil laisserait subsister des notions inutiles. Le raisonnement ne tient pas. En réalité, il n'a pas voulu faire de la bonne foi une condition de validité en tant que telle mais plutôt une sorte de guide dans la mise en oeuvre de ces conditions de validité et c'est là où on touche du doigt la différence sensible qui semble exister. La bonne foi irrigue de nouveau la vie contractuelle jusque sa validité. Mais, elle semble être trop générale pour la technique contractuelle, de sorte que les vices du consentement garderont leur place et le régime qui va avec. Comme pour les obligations ou la liberté de négocier, on regardera non pas l'existence de la condition mais la manière dont elle a été mise en oeuvre. Cela reviendra à faire le parallèle avec ce que l'on avait déjà évoqué pour le dol en le comparant à la mauvaise foi. Si le dol permet de venir sanctionner le manquement à l'obligation, ici une condition de validité, la bonne foi et son antonyme interviendront si le comportement dans la mise en oeuvre des conditions de validité n'est pas loyale. C'est d'ailleurs possiblement en ce sens que Monsieur Balat parle du respect loyal des règles relatives au contenu<sup>145</sup>. Pour le manquement aux règles du contenu on a un régime autonome mais pour leur mise en oeuvre de manière loyale, la bonne foi prend le relais. Elle vient de manière sous-jacente. Elle irrigue les autres mécanismes de son esprit juste. Sa généralité fait qu'elle est secondaire lorsqu'il existe une disposition plus spécifique dont c'est le rôle. Mais elle reste tout de même en filigrane poursuivant sa fonction propre.

Un autre argument concerne la sanction de la bonne foi. Si elle n'est pas précisée par le législateur, la sanction privilégiée est la déchéance ou les dommages et intérêts. De sorte qu'elle n'apparaît pas comme l'outil le plus adapté pour venir sanctionner le manquement aux conditions de validité, manquement sanctionné de manière générale par la nullité du contrat. La déchéance au stade de la formation serait inutile car le contrat ne serait plus viable et les dommages et intérêts ne permettraient pas de résoudre le problème né de la violation d'une condition de validité. C'est pourquoi elle ne peut être réellement une condition de validité, d'autres mécanismes existent et sont plus pertinents. La pertinence de la bonne foi, par contre,

---

<sup>145</sup> *ibid.*

c'est sa nature complémentaire. Elle va pouvoir venir avec les dommages et intérêts indemniser l'individu lésé par le comportement de l'autre, en complément et indépendamment des vices du consentement. Il s'agit sûrement de la meilleure place que peut occuper la bonne foi au stade de la formation : être auprès des conditions de validité, de manière complémentaire, chacun ayant son rôle à jouer. Elle assure des garanties dans la manière dont le contrat sera formé.

Messieurs Le Tourneau et Poumarède<sup>146</sup> estiment que la bonne foi ne jouera qu'indirectement pour influencer la validité du contrat. Ils ont sûrement raison comme on vient de le voir. Elle ne sanctionnera pas l'invalidité ou la validité mais le comportement dans la mise en oeuvre de la formation du contrat, comportement qui souvent se rapproche à la fois de la mauvaise foi et des vices du consentement. Les vices du consentement s'intéressent au contrat en tant que tel quand la bonne foi sont un outil qui fait la part belle aux parties au contrat et à leur comportement. Les deux intimement liés permettent de s'assurer que la formation, étape clé du contrat, offre une fondation à une relation contractuelle pérenne.

Ainsi, si la bonne foi n'est pas une condition de validité en tant que telle, qu'elle ne permettra sûrement pas de rendre le contrat nul en cas de manquement, elle interviendra de manière complémentaire pour assurer une réparation en cas de comportement déloyal. Elle irrigue de nouveau une phase importante du contrat, de manière sous-jacente, permettant d'assurer une loyauté à tous les niveaux. Cette constance dans la vie contractuelle lui permet d'être un véritable instrument au service de la confiance (**B**).

### **B) La bonne foi, instrument de confiance**

La confiance, c'est « *le sentiment de quelqu'un qui se fie entièrement à quelqu'un d'autre ou à quelque chose* »<sup>147</sup>. Ce sentiment semble être l'objectif clé de la bonne foi en matière contractuelle. C'est ce sentiment qui explique d'ailleurs sûrement que la bonne foi est un principe irrigateur de la vie contractuelle, permettant d'assurer la confiance tout au long de celle-ci. S'il ne devait rester qu'une fondation à tout contrat ce serait la confiance et celle-ci

---

<sup>146</sup> LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017, §51.

<sup>147</sup> EDITIONS LAROUSSE, « Confiance », *Dictionnaire Larousse* (en ligne : [larousse.fr](http://larousse.fr)).

est assurée en partie par la bonne foi. Ne serait-ce pas d'ailleurs le slogan d'une célèbre marque d'électroménager<sup>148</sup> : « *le contrat de confiance* ». Cette expression est en réalité tautologique : le contrat est nécessairement et avant tout un acte de confiance : confiance en l'avenir du fait de son caractère prévisionnel, mais aussi confiance en son partenaire et en l'acte lui-même.

L'ensemble des développements qui ont été effectués tendent à en venir à ce constat : la confiance, sentiment clé de la relation contractuelle trouve sa source intarissable dans la bonne foi contractuelle et perdure jusqu'à l'achèvement du contrat. Il n'est d'ailleurs pas anodin de parler de loyauté-confiance lorsqu'on fait référence à la bonne foi. Le droit allemand, évoqué en introduction, utilise l'expression *Treu und Glauben* signifiant littéralement fidélité et confiance pour se référer à la bonne foi objective. Le lien entre les deux n'est plus à démontrer.

Le sentiment de confiance permet en réalité au contrat de perdurer. Sans lui, aucun acte ne serait conclu et les relations contractuelles ne pourraient exister et être pérenne. La confiance est la clé de voûte du contrat, la première pierre fondatrice qui permettra de supporter toutes les autres.

Tout d'abord, la confiance naît de la bonne foi au stade précontractuel. L'analyse que nous avons livrée s'est révélée pertinente. Elle agit alors comme inspiratrice de certaines normes de comportement et permet de venir s'assurer que le comportement du contractant est honnête. À ce stade, les parties ne se connaissent pas et c'est alors qu'elles vont se livrer à l'autre, avec leurs connaissances, leur savoir-faire et leurs attentes. La seule chose qui les lie, c'est le besoin de ce que possède, physiquement ou intellectuellement l'autre, c'est la promesse de l'échange. Or, seul, cela ne suffirait pas à créer le contrat. Il faut aller plus loin que cela car si tous les coups étaient permis, peu de contrats verraient le jour. Entrent alors en scène nos obligations précontractuelles, soutenues, irriguées par la bonne foi. Elles sont là pour fixer les règles du jeu : devoir de mener des relations égales avec tous les possibles cocontractants, obligation de fournir certaines informations, respecter l'autre et la confidentialité, etc. Toutes ces normes comportementales pouvant trouver à être appréciées par la bonne foi n'ont qu'un seul objectif : faire naître une confiance mutuelle et rétablir

---

<sup>148</sup> Slogan utilisé par la marque Darty.

certain équilibre. Elle permet de s'assurer, et de donner aux parties les moyens de le faire, que la personne en face est loyale, honnête et que la relation est fondée sur la transparence, entraînant elle-même la confiance. En cas de mauvaise foi, la confiance est rompue, le contrat n'aura sûrement pas lieu mais l'individu à l'origine de la rupture devra à l'autre des dommages et intérêts, réparateurs d'une confiance elle aussi rompue.

Ensuite, au stade de la formation, la bonne foi intervient pour en quelque sorte transformer l'essai si on peut se permettre cette métaphore sportive. Ayant contribué à faire naître la confiance et le consentement de l'individu, il faut tendre le filet de sécurité et éviter toute volte-face d'un contractant. Venant en complément des vices du consentement et des conditions de validité du contrat, la consécration de la bonne foi dans la formation du contrat à l'article 1104 confirme ce rôle. Soit le contrat est conclu et formé de bonne foi et la confiance alors existante n'en sort que grandie et renforcée, soit ce n'est pas le cas et la bonne foi vient alors de nouveau réparer le comportement déloyal d'un individu en complément des vices du consentement qui viennent mettre un terme à l'acte de prévision.

Enfin, c'est au stade de l'exécution comme nous l'avons déjà vu que la bonne foi déploie toutes ses potentialités. Elle vient permettre la pérennité de l'acte négocié et formé, tout en s'assurant de la pérennité de la confiance des parties. Le monde contractuel n'est pas un long fleuve tranquille et d'aucuns seraient alors tentés, une fois le graal obtenu, l'accord signé, d'éroder les promesses faites et la confiance installée. La bonne foi poursuit alors son rôle, sa mission et continue d'irriguer en aval de sa naissance la relation alors née. Telle la gardienne du temple elle ne permet aucun écart et corrige ceux qu'elle arrive à déceler. Si elle ne peut maintenir la confiance existante, elle tente néanmoins de corriger les comportements déloyaux et de pérenniser l'accord existant. Toutes les relations connaissent des bas et la confiance est un feu qui s'entretient. La bonne foi essaie tant que faire se peut, en agissant sur le comportement des contractants, de garder la flamme intacte et d'entretenir cette confiance initiale. La confiance est omniprésente, au point même que le principe d'*estoppel* qui trouvera peut-être un jour sa place au sein du droit des contrats français et peut-être en émanant de la bonne foi est appelé principe de confiance légitime.

Ainsi, la confiance entretenue permet de s'assurer de la pérennité du contrat. C'est parce que la confiance perdure entre les parties que le contrat est maintenu à flot. La bonne foi est au cœur même de cette confiance et irriguant toute la vie contractuelle, officiellement



depuis 2016, elle permettra que le comportement des contractants devienne une matrice importante du droit des contrats. Son nouveau champ d'application étendu confirme cette analyse et permet à côté de cette fonction classique dans l'exécution du contrat, de consacrer un rôle plus important de fondatrice et garante de la confiance contractuelle.

### **Conclusion du chapitre 1**

L'étude de la bonne foi présente tant dans les relations précontractuelles que dans la formation du contrat comme complémentaire des conditions de validité a permis de mettre en avant les potentialités de cet instrument dans la naissance du contrat, fonction consacrée récemment par l'article 1104. Ce large spectre occupé par cette notion fait qu'elle est en train de devenir non plus seulement une norme spécifique de comportement, idée défendue par Madame Rita Jabbour<sup>149</sup> mais au contraire une norme plus générale, plus étendue qui participe de toutes les phases de la vie contractuelle en l'irriguant. Permettant de s'assurer d'une relation de confiance entre les contractants dès les prémisses du contrat, elle continue de suivre l'évolution de celle-ci et de s'assurer du comportement de chacun. Elle fait passer l'humain avant le contrat et les valeurs de respect, loyauté et fidélité avant les enjeux contractuels. Poussée à son paroxysme, elle pourrait défendre une certaine fraternité mais là encore, dès le début du contrat elle paraît être enserrée et circonscrite à un emploi mesuré.

Le rôle de garante de la relation contractuelle est un des aspects de la bonne foi irriguant la vie contractuelle. En effet, en parallèle, il se pourrait de manière hypothétique qu'elle puisse aussi permettre de garantir la cohérence contractuelle (**Chapitre 2**).

### **CHAPITRE 2 : La bonne foi, garante de la cohérence contractuelle**

S'il est un domaine dans lequel la bonne foi a joué un rôle et pourrait continuer de jouer un rôle, c'est dans l'appréciation des contrats. Cette appréciation du contenu contractuel est un enjeu important de la vie contractuelle. Car si le contrat est un acte de prévision, tout n'est pas prévisible ou prévu et dès lors les parties sont parfois amenées à le disséquer ou à lui

---

<sup>149</sup> JABBOUR (R.), *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2016, p.4.

faire dire des choses dans son silence. Si des règles existent en matière d'appréciation, que le juge est aussi amené à intervenir, il ne faut pas négliger le rôle que la bonne foi pourrait être amenée à jouer. À nouvelle casquette, nouvelle fonction et à nouvelle fonction, nouveau régime. Si on se situe de nouveau dans l'exécution du contrat, la bonne foi n'est plus là pour regarder le comportement des contractants mais plutôt pour s'assurer de la cohérence du contrat et de son contenu.

Cette fonction n'est pas nécessairement la première à laquelle on pense et pourrait même être réfutée, des mesures plus spécifiques existantes. Mais, en réalité cela n'est pas sans lien avec le comportement des parties. C'est plutôt une extension de l'appréciation du comportement contractuel. L'appréciation du contenu contractuel joue lorsque le contrat est silencieux ou alors lorsque des circonstances sont amenées à le faire évoluer. Dans ce cas là, les parties vont alors essayer de faire parler le contrat ou au contraire d'influer sur une possible appréciation pouvant leur être défavorable. C'est pourquoi, le juge pourrait être amené à connaître du contenu contractuel et à l'étudier. Parfois même, il pourrait être susceptible de le compléter, quand bien même les boucliers libéraux pourraient se soulever. La question de l'appréciation du contenu contractuel mérite donc d'être posée dans l'étude des fonctions de la bonne foi contractuelle. Cela permettrait d'élargir le spectre de la bonne foi au-delà du comportement et de lui faire jouer un rôle irrigateur encore plus prégnant.

Il s'agira dans ce chapitre de s'intéresser aux arguments avancés en faveur de la place de la bonne foi au sein de l'appréciation contractuelle. Dans ce domaine, la bonne foi peut être distinguée à travers deux aspects : la bonne foi permettant la détermination du contenu contractuel (**Section 1**) et la bonne foi permettant l'explicitation du contenu contractuel (**Section 2**).

### **Section 1 : La bonne foi dans la détermination du contenu contractuel**

Lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu contractuel, c'est-à-dire le compléter ou bien alors le sanctionner, la bonne foi pourrait être un recours utile. Cependant, la vision classique et libérale du modèle contractuel pourrait venir contrebalancer une telle analyse passant nécessairement par un rôle accru du juge qui viendrait découvrir obligations ou en sanctionner

certaines. S'il apparaît inconcevable d'en arriver à une telle situation, il ne faut pas non plus négliger certains aspects de l'appréciation contractuelle qui paraissent être teintés de bonne foi. Cet impératif pourrait alors venir compléter le contenu du contrat (A) voire même le sanctionner (B).

### **A) La bonne foi, outil complétant le contenu contractuel**

Dans certains hypothèses, le juge s'est octroyé le pouvoir de découvrir des obligations au sein du contrat, obligations alors qualifiées d'implicites par la doctrine. En quelque sorte, il s'agit d'obligations intrinsèquement liées à la nature du contrat. En raison de la nature du contrat, il est évident que cette obligation existe, qu'elle ait été prévue ou non, car elle fait partie de son essence. C'est le cas des diverses obligations de sécurité qui ont été découvertes avec la saga jurisprudentielle entre obligations de moyens et obligations de résultat. Pour compléter le contenu contractuel et justifier le fait que ces obligations faisaient nécessairement partie du contrat, le juge a utilisé pendant longtemps comme fondement l'article 1135 du code civil devenu l'article 1194 qui dispose que « *les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ». Le texte est clair et permet de justifier la création de ces obligations. C'est notamment l'équité qui le justifie plus que l'usage ou la loi qui ne sont pas prépondérants. L'équité comme on l'a évoqué en introduction générale est par certains aspects rattachée à la bonne foi au point que les notions peuvent se confondre. D'autant plus que l'ancien code civil les faisaient se suivre. La bonne foi de 1134 alinéa 3 répondait à 1135 et ils formaient alors une paire dans la vie contractuelle : le premier s'intéressait au comportement des contractants, le second au contrat en lui-même. C'est d'ailleurs à propos de ce dernier que certains auteurs parlaient d'« *une nouvelle source du contenu contractuel* »<sup>150</sup>. Le message était dit si on peut le dire ainsi. Les choses ne paraissent pas avoir bougé avec la réforme du droit des contrats si ce n'est que les articles ont été modifiés (peu, pour l'un) et renumérotés.

Cependant, dans l'étude qui est la nôtre il convient de s'intéresser de manière plus approfondie aux liens entre bonne foi et équité, qui pourraient alors justifier une possible intervention de la bonne foi dans ce rôle créateur d'obligations. Les deux poursuivent une idée

---

<sup>150</sup> V. sur cette question : MOULY-GUILLEMAUD (C.), *Retour sur l'article 1135 du code civil - Une nouvelle source du contenu contractuel*, thèse Montpellier I, 2004, préf. FERRIER (D.), LGDJ, 2006.

de justice contractuelle. Justice contractuelle étant incarnée au sein du droit des contrats par l'article 1104 devenu disposition liminaire et principe irrigateur. De sorte que, le juge utilise parfois l'équité ou parfois la bonne foi mais toujours dans le même but, restaurer l'équilibre et parvenir à une forme de justice contractuelle. C'est sur ce fondement qu'ont vu le jour les célèbres obligations de sécurité et d'information. Ce que l'on peut voir ici c'est que l'obligation d'information est une manifestation qui a sa place au sein du devoir de collaboration, manifestation de la bonne foi. La frontière est donc ténue et il semble que peu importe le fondement textuel, c'est la justice contractuelle et la loyauté qui priment.

Il n'est pas impensable de voir la bonne foi justifier certaines obligations qui pourraient être créées. En effet, elle pourrait déjà, comme on l'a vu, venir créer certaines obligations au stade de la négociation voire de la formation du contrat, des obligations précontractuelles étant indéniablement liées à la bonne foi et à la justice contractuelle. Elle pourrait permettre de faire le pont entre une création prétorienne et une consécration législative, le tout en gardant dans l'intensité de ces obligations une certaine mesure. Il ne faut pas non plus oublier que la bonne foi contractuelle est plus large que l'équité et que dès lors des obligations différentes pourraient voir le jour selon les contrats et leur esprit, notamment des obligations de comportement. On pourrait d'ailleurs imaginer une répartition entre obligations de comportement créées par la bonne foi et obligations de technique contractuelle justifiées par l'équité. Tout reste à faire et le juge tirera lui-même les conséquences de ce nouvel agencement. La bonne foi pourrait prendre le relais en dehors du contrat.

De manière plus pragmatique, il convient de dire que la bonne foi en général, pas celle de l'article 1104 mais plutôt l'idée philosophique de justice contractuelle justifie de voir certaines obligations introduites dans les contrats. On ne vise pas la bonne foi textuelle mais son essence, son esprit. Il s'agirait de rattacher cette bonne foi déliée de l'article 1104 à l'idée de principe irrigateur. Pas un principe textuel, mais une manière de négocier, conclure et exécuter le contrat qui pourrait venir souffler aux oreilles du juge certaines règles. Ce rôle créateur ne semble pas être la priorité de l'article 1104 en raison de l'article 1194 mais s'il justifiait une obligation contractuelle implicite mesurée et pertinente, les boucliers ne se lèveraient pas forcément. Là encore, tout est question d'une certaine mesure car il ne faudrait pas que l'article 1104 devienne la bonne (foi) à tout faire.

Si cette première intervention dans l'appréciation contractuelle pourrait être justifiée, il en est une qui pourrait créer des débats. Il s'agit de la bonne foi venant sanctionner le contenu contractuel (**B**).

### **B) La bonne foi, outil sanctionnant le contenu contractuel**

Si la première approche était positive, dans le sens où la bonne foi venait compléter le contrat, cette seconde approche est au contraire négative. Cette différence entre les deux peut justifier que la première puisse être tolérée alors que la seconde serait exclue, du moins au premier abord. L'idée est que le juge puisse utiliser la bonne foi pour venir sanctionner le contenu contractuel en venant le retirer ou en modifiant la lettre du contrat. On semble alors ici toucher la limite des potentialités de la bonne foi, la ligne rouge à ne pas franchir. Cette solution qui pourrait potentiellement faire les beaux jours de la doctrine solidariste est à l'opposé du modèle contractuel français. Le juge ne doit pas pouvoir s'introduire dans le contrat et encore moins par le biais de la bonne foi qui, étant trop générale, ne peut le justifier. À notion souple, il faut des fonctions rigides<sup>151</sup> et laisser une telle notion autoriser l'intervention du juge c'est possiblement mettre fin au droit des contrats. Il faut tenir le juge à l'écart.

Cette position est d'ailleurs celle partagée par la cour de cassation qui explicitement en 2007 disposait que « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* »<sup>152</sup>. La substance même des droits et obligations, c'est à dire le contenu contractuel. La bonne foi n'était donc pas considérée comme une porte d'entrée du juge dans l'environnement contractuel. Mais, il s'agit de la bonne foi textuelle, de la bonne foi institutionnalisée à l'article 1134 alinéa 3 devenu 1104. L'esprit de la bonne foi, le principe de

---

<sup>151</sup> BALAT (N.), « Observations sur la bonne foi en droit des contrats à la veille de la réforme », *RD d'Assas*, n°12, févr. 2016, §29, p.69.

<sup>152</sup> Cass., ch. com., 10 juil. 2007, n°06-14.768 : *D.* 2007, p.2839, note STOFFEL-MUNCK (P.) - p.2844, note GAUTIER (P.-Y.) - p.2966, obs. AMRANI MEKKI (S.), FAUVARQUE-COSSON (B.) ; *RTD civ.* 2007, p. 773, obs. FAGES (B.) ; *RTD com.* 2007, p.786, obs. LE CANNU (P.), DONDERO (B.) ; *Dr et patr.* 2007, n° 162, p. 94, obs. STOFFEL-MUNCK (P.).

bonne foi sorti de son contexte textuel, étendard de la justice contractuelle semble pourtant avoir permis au juge de sanctionner le contenu du contrat. Même s'il ne passe pas par la bonne foi de l'article 1104, il semble s'en inspirer et là encore ces décisions teintées de bonne foi semblent irriguées par ce principe universel.

Il ne faut pas nécessairement aller chercher loin pour s'en rendre compte. En effet, il semble que dans certains cas, le juge « *s'est octroyé un pouvoir de réfaction du contrat, souvent sous couvert de bonne foi* »<sup>153</sup>, bonne foi dans son esprit. Seules les parties sont en principe autorisées à agir dans la possible réfaction du contrat. Il est issu de leur accord de volonté et on n'est pas contre l'idée que celle-ci puisse changer en cours de contrat, auquel cas un nouvel accord de volonté pourrait venir le contredire. Mais en principe le juge est laissé à l'écart. Or, il n'est pas rare qu'il intervienne pour venir contrebalancer les équilibres en jeu et sanctionner certaines stipulations déséquilibrées voire abusives participant d'une certaine déloyauté ou d'un abus de pouvoir. Soustraction de clauses illicites voire abusives<sup>154</sup>, révision du montant de rémunération de certains contractants<sup>155</sup>, remise en cause d'abus dans la fixation du prix, obligation d'assurer l'adaptation du salarié<sup>156</sup>, etc. L'ensemble de ces décisions qui ne s'appuient pas textuellement sur la bonne foi mais trouvent un fondement textuel en bonne et dûe forme, semblent néanmoins imprégnées d'un soucis de justice contractuelle et d'une bonne foi entendue au sens large. Dans ces cas-là, le juge ne vient pas mettre fin au contrat, prononcer la nullité mais au contraire rééquilibrer les choses en soustrayant la stipulation. Au final, comme avec une certaine déchéance, il semble intervenir au sein du contrat pour effacer une stipulation qu'il ne juge pas nécessaire et issue du comportement d'une partie lors des négociations ou renégociations. Il vient de nouveau, sous couvert de bonne foi, assurer un rôle régulateur et assurer la pérennité de l'acte de prévision.

D'ailleurs, on peut aussi noter que le juge s'accorde cette fonction jusqu'à ce que le législateur vienne introduire des dispositions spécifiques. Ce fut par exemple le cas en matière

---

<sup>153</sup> LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017, §78.

<sup>154</sup> Désormais saisies via l'article 1171 du code civil.

<sup>155</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> ch. civ., 21 fév. 2006, n°02-14.326 : *Bull. civ. I*, n°100. ; *Défrénois* 2006, p.1223, obs. LIBCHABER (R.).

<sup>156</sup> Cass., ch. soc., 25 fév. 1992, n° 89-41.634 : *Bull.*, 1992, V, n° 122, p.74 ; *D.* 1992, p. 392, note DÉFOSSEZ (A.).

de clauses abusives. Mais intrinsèquement ces dispositions répondent à un impératif de justice contractuelle et de protection des parties faibles, se rapprochant un peu plus de la fraternité contractuelle, sans toutefois jamais franchir la limite.

On retrouve ici une bonne foi plus philosophique, une bonne foi valeur morale qui irrigue une terre contractuelle jusqu'à ce que le législateur vienne faire pousser cette graine. Quoiqu'il en soit, il reste toujours des endroits à irriguer et la bonne foi de manière souvent avant-gardiste permet de s'y aventurer.

Ainsi, la bonne foi entendue au sens large comme véhiculant une justice contractuelle peut permettre de manière résiduelle et dans des cas restreints de venir déterminer le contenu contractuel, garantissant ainsi sa cohérence. C'est un vent de justice contractuelle qu'elle fait souffler au travers de certaines dispositions. Dans une autre mesure, elle permet aussi parfois de venir expliciter le contenu contractuel (**Section 2**).

## **Section 2 : La bonne foi dans l'explicitation du contenu contractuel**

La bonne foi, un des standards juridiques du code civil français, semble, au-delà de la simple appréciation du comportement contractuel, pouvoir s'intéresser au contenu contractuel à proprement parler. Si sa fonction relative à la détermination de ce contenu peut soulever des débats et ne pas faire l'unanimité, quand bien même il faudra regarder l'évolution suivie par la nouvelle appréciation judiciaire tirée de l'article 1104, une deuxième approche moins intrusive peut être tirée de la bonne foi : l'explicitation du contenu contractuel. La bonne foi peut alors se mettre au service de l'interprétation de son contenu (**A**), voire participer à son adaptation, même si cela reste en débat (**B**).

### **A) La bonne foi, outil d'interprétation du contenu contractuel**

Dans l'appréciation du contenu contractuel, il s'agit peut-être de la fonction de la bonne foi qui crée le moins de remous et qui peut lui être accordée : l'interprétation du contenu. Il s'agit de la situation dans laquelle le contrat est silencieux, ou il ne prévoit rien, ou qu'il prévoit quelque chose de trop général, imprécis, flou. Il faut dans ce cas que le juge

intervienne pour : clarifier la situation, rendre précises certaines dispositions ou éclairer la lettre du contrat. Mais, il ne le fait pas de manière divinatoire ou du moins pas seulement, car il dispose d'outils à sa disposition. Comme le souligne Messieurs Le Tourneau et Poumarède<sup>157</sup>, de nombreux textes, internationaux notamment, confient à la bonne foi ce rôle de guide d'interprétation : la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises<sup>158</sup> devra être interprétée à la lumière de la bonne foi, *idem* pour la convention des Nations-Unies relatives aux garanties indépendantes et aux lettres de crédit stand-by<sup>159</sup>.

La bonne foi contractuelle de l'article 1104 ne semble pas pour autant justifier une telle approche. Or, si on s'intéresse à son passé, on peut alors noter que l'article 1134 alinéa 3 avant de connaître son ascension fulgurante n'était censé qu'être « *une règle technique marquant l'abandon d'une distinction romaine entre contrat de droit strict et contrat de bonne foi* »<sup>160</sup>, ces derniers étant ceux pouvant être soumis à interprétation. La boucle ne serait-elle pas bouclée ? En réalité, il semble que l'explosion de la bonne foi contractuelle ait fait oublier ce qu'il se passait autrefois en mettant en avant la fonction classique de la bonne foi, appréciation du comportement contractuel. Si la bonne foi a arrêté de jouer ce rôle, c'est parce que le code civil avait prévu d'autres dispositions pour l'interprétation du contenu contractuel. En effet, le nouvel article 1188 reprend une solution déjà existante depuis 1804 en disposant que « *le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes (al. 1). Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation (al. 2)* ». C'est le fondement des règles d'interprétation du contrat. Elles permettent de guider le juge et de ne pas lui laisser la porte ouverte à une intrusion trop importante. Il peut s'introduire dans le contrat mais il le fait en suivant des règles strictes. Or, ces règles paraissent imprégnées d'une certaine idée de bonne foi.

---

<sup>157</sup> LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017, §71.

<sup>158</sup> *Conv. Vienne*, 11 avr. 1980, art. 7.1 : « *Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi (...)* ».

<sup>159</sup> *Conv. N.-U.*, 11 déc. 1995, art. 5 : « *Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et d'assurer le respect de la bonne foi dans la pratique internationale (...)* »

<sup>160</sup> LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017, §70.



On retrouve de nouveau la bonne foi plus philosophique, celle qui inspire d'autres notions. Et les règles d'interprétation semblent découler d'un esprit de bonne foi. Si l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article vient consacrer la règle selon laquelle il faut interpréter le contrat selon son esprit et non sa lettre, l'alinéa second vient prévoir qu'en cas d'impossibilité il faudra alors interpréter le contrat comme une personne raisonnable le ferait. C'est par ce biais que la bonne foi fait une entrée dans l'interprétation contractuelle. En effet, il faut faire valoir l'esprit du contrat sur sa lettre et le faire s'il le faut en passant par le truchement de la personne raisonnable. Autrement dit, il faut faire prévaloir l'esprit du contrat mais en réalité l'esprit est nécessairement teinté de bonne foi dans la mesure où tout le contrat est fondé dessus, dès la négociation. On ne parle pas de la bonne foi dans cet article mais nécessairement elle est présente, implicite, souterraine. C'est d'une manière logique qu'elle trouve sa place au sein de l'interprétation. La personne raisonnable, remplaçante du bon père de famille « mis sur la touche », qui permet au juge d'interpréter le contrat lorsque l'intention ne peut être décelée est forcément de bonne foi. La raison fait qu'elle est de bonne foi car c'est ainsi que les contrats doivent être exécutés. L'article 1104 le précise et la bonne foi brigue toute la vie contractuelle, comme cela a essayé d'être démontré, c'est aussi le cas implicitement lors de l'interprétation du contenu contractuel. L'interprétation n'est qu'une étape de l'exécution qui doit être de bonne foi. Cette affirmation que tout personne raisonnable est forcément de bonne foi est aussi une vision qu'ont certains textes comme les principes du droit européen des contrats. L'article 1:302 de ces articles dispose explicitement que « *doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel* »<sup>161</sup>. Cette formule alambiquée et sans portée contraignante devrait néanmoins être suivie par le juge. La bonne foi est utilisée ici comme synonyme d'équité comme le démontre la suite de cet article faisant penser à notre article 1194 du code civil. D'ailleurs, même avant la réforme, les auteurs précités écrivaient que « *la jurisprudence s'appuie parfois directement sur la notion de bonne foi pour justifier ses interprétations sans s'appuyer sur les articles relatifs à l'interprétation du contrat* »<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> *Principes européens du droit des contrats*, art. 1:302, cité par LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017, §71.

<sup>162</sup> LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017, §71.

Ainsi, il apparaît que s'il est un domaine de l'appréciation contractuelle dans lequel la bonne foi contractuelle aura certainement un rôle à jouer, c'est l'interprétation contractuelle. Ne semblant pas susciter de débats outre-mesure, c'est ce rôle qui paraît le plus propice à l'utilisation de la bonne foi. Le lien est ici le plus direct, contrairement aux autres fonctions déjà évoquées. Une dernière fonction reste quant à elle à être étudiée et ne fera certainement pas consensus : l'adaptation du contenu contractuel via la bonne foi (B).

### **B) La bonne foi, outil d'adaptation du contenu contractuel**

« C'est la bonne foi qui continue d'éblouir le contrat lorsque l'article 1195 fait entrer dans le code civil la théorie de l'imprévision »<sup>163</sup>. C'est avec ces quelques mots qu'il s'agit de commencer ce paragraphe. Ils permettent d'affirmer noir sur blanc que la bonne foi aurait un rôle à jouer au sein de la reconnaissance de la théorie de l'imprévision. C'est à celle-ci que l'on fait référence lorsqu'il s'agit de parler d'adaptation du contenu contractuel. L'imprévision, c'est au final la négation même du contrat considéré comme un acte de prévision par excellence. Cependant, il arrive parfois durant le contrat que certains événements surgissent, rendant alors son exécution plus compliquée voire impossible. L'imprévision est définie classiquement comme « *des circonstances économiques imprévues, postérieures à la conclusion du contrat, rendant son exécution extrêmement difficile ou beaucoup plus onéreuse* »<sup>164</sup>. Or, il était de jurisprudence constante depuis l'arrêt *Canal de Craponne*<sup>165</sup>, qu'il était impossible pour le juge de modifier le contrat pour l'avenir même dans ces circonstances. Ce changement de circonstances vient modifier l'équilibre contractuel dans la mesure où les parties qui ne pouvaient le prévoir se retrouvent « prises au piège » par celles-ci. Autrement dit, elles n'auraient sûrement pas conclu le contrat ou du moins pas tel qu'il est si ces circonstances avaient pu être connues. Cette vision résonne comme un vice du consentement mais en réalité aucune solution n'était prévue concernant une réfaction judiciaire, une adaptation judiciaire du contrat.

---

<sup>163</sup> *id.*, §79.

<sup>164</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (C.) ET BILLIAU (M.), *Traité de droit civil - Les effets du contrat*, 3ème éd, Paris : LGDJ, 2001, n°190.

<sup>165</sup> Cass., civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*.

Les choses viennent de changer avec la réforme du droit des contrats de 2016 dans la mesure où une révision judiciaire pour imprévision a vu le jour. C'est l'article 1195<sup>166</sup> qui la prévoit. Il ne parle pas explicitement d'imprévision mais envisage en réalité les conséquences de celle-ci. Si une partie n'avait pas assumé l'aggravation du coût de l'exécution, elle peut demander une renégociation. C'est la première chose à faire. La main est laissée aux parties dans un premier temps. Si celles-ci n'arrivent pas à se mettre d'accord, elles ont alors plusieurs solutions dont une fait appel au juge. En effet l'alinéa 2 dispose qu' « *en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation (...)* ». Le juge peut donc intervenir dans le contrat et c'est alors à ce moment-là que la bonne foi fait son apparition. En réalité, la révision judiciaire pour imprévision est une mesure de justice contractuelle : un déséquilibre se produit, une partie doit assumer une charge importante et comme elle ne l'avait pas prévu, il faut intervenir pour rétablir l'équilibre. Une fois le juge appelé à venir adapter le contrat il faut qu'il utilise divers outils pour rééquilibrer le contrat tout en essayant d'être juste autant envers la partie dont l'exécution est devenue difficile voire impossible que pour l'autre partie créancière. Cette solution est imprégnée de bonne foi. La bonne foi est une véritable aide pour renégocier car c'est en raison de cet impératif que pourrait s'expliquer la nécessité d'adapter le contrat. Il faudra le rendre juste et là encore cela semble être inspiré de la bonne foi. Elle permettra de venir adapter le contrat tout en maintenant l'esprit originel. L'imprévision au final, c'est une interprétation de l'esprit du contrat, comme déjà étudié, non pas en raison de son caractère imprécis, mais en raison de son caractère devenu inadapté. La bonne foi ordonne alors au juge d'intervenir pour l'adapter aux changements de circonstances. Là encore, il s'agit d'une bonne foi non pas textuelle mais philosophique. Un auteur<sup>167</sup> rapproche d'ailleurs l'imprévision de la fidélité, manifestation de la bonne foi : « *la vraie fidélité au contrat consiste dans le maintien de la proportion voulue* », c'est-à-dire au final, à l'esprit du contrat plus qu'à sa lettre. On est vraiment proche de cette interprétation dont on a déjà parlé.

---

<sup>166</sup> C. civ., art. 1195, « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation* (al. 1er) ».

<sup>167</sup> TRIGEAUD (J.-M.), *Justice et fidélité dans les contrats*, Archives philosophiques du droit, volume 28, 1983, Paris : Sirey, p. 207.

Cependant, l'imprévision pose des questions relatives à la sécurité contractuelle, véritable opposante de la justice contractuelle menée par la bonne foi. En effet, la sécurité contractuelle est là pour s'assurer que l'acte originel ne soit pas modifié dans la mesure où il correspond à ce que les parties ont prévu et qu'il s'agit d'un acte de prévision, pour l'avenir qui est nécessairement incertain. Le juge n'a donc pas à intervenir dans le contrat, en principe. Mais la révision judiciaire pour imprévision, teintée de bonne foi, même si elle le permet, n'est qu'exceptionnelle et n'intervient qu'en second lieu, à titre subsidiaire si les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord. On vient prévoir des protections pour rendre mesurée les solutions inspirées de justice contractuelle, on est toujours dans le même esprit. D'ailleurs, il pourrait même être possible d'affirmer que l'imprévision participe à la sécurité juridique, sécurité dynamique. « *Refuser (les effets de) l'imprévision consistait à privilégier une sécurité statique, donc trompeuse, par rapport à une sécurité dynamique, seule à même de protéger le contrat et de permettre la survie de ses caractères d'utilité et de justice ; or, seule l'admission de l'imprévision permet de parvenir à ce résultat* »<sup>168</sup>. Le débat est donc ouvert sur la sécurité juridique à privilégier mais quoiqu'il en soit le débat relatif à l'imprévision semble avoir des arguments qui pèsent des deux cotés de la balance.

Encore une fois, ce n'est ni la justice contractuelle qui l'emporte, ni la sécurité juridique, c'est un savant mélange entre les deux et notamment au travers de la bonne foi, qui permet d'aboutir à un résultat mesuré et acceptable qui puisse se révéler viable et permettre d'assurer une certaine cohérence contractuelle.

## **Conclusion du chapitre 2 et de la seconde partie**

La bonne foi devrait permettre de s'intéresser un peu plus au contenu contractuel en lui-même. Si sa détermination reste encore un terrain hostile sur lequel elle n'est pas prête à s'engager, son explicitation paraît être plus appropriée pour y faire souffler un vent de justice contractuelle. Mais là encore, il ne faut pas aller trop vite en besogne et se rappeler avant tout que si la bonne foi est utilisée, elle doit l'être de manière mesurée. Il faut à ce titre rappeler qu'en définitive à notion souple sont associés des fonctions rigides<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. droit civ.*, Paris : Dalloz, 2017, §82.

<sup>169</sup> BALAT (N.), « Observations sur la bonne foi en droit des contrats à la veille de la réforme », *RD d'Assas*, n°12, févr. 2016, §29, p.69.

La bonne foi contractuelle semble avoir pris une nouvelle place au sein du droit des contrats depuis la réforme de 2016. La plupart des analyses ne s'attardent pas sur le nouvel article 1104 ou du moins se contentent d'affirmer que cet article n'est qu'une reprise de solutions déjà existantes pour la bonne foi contractuelle et qu'au final rien ne changera vraiment. Or, on vient de balayer divers thèmes au sein de ce chapitre 2 qui montrent qu'elle est potentiellement source de nouvelles découvertes en matière contractuelle, qui renforceront son rôle ou du moins permettraient de l'affirmer tel qu'il est. Elle devient officiellement un principe irrigateur de la vie contractuelle, de son berceau jusqu'à sa mutation. Intervenant à divers moments, elle ne joue pas toujours le même rôle même si son essence ne change pas. Elle passe par toutes les étapes et sous-tend divers mécanismes qui permettent au contrat de devenir ce qu'il est et de rester viable.

Elle intervient d'abord dans la création et le maintien d'une relation contractuelle stable en ayant un rôle important à jouer en matière précontractuelle et dans la formation du contrat, autre que son rôle classique d'appréciation du comportement contractuel. Il s'agit alors d'une bonne foi textuelle, application de la lettre de l'article 1104. Ensuite, elle intervient au service de la cohérence contractuelle, s'intéressant réellement au contrat en lui-même en essayant de l'explicitier voire même de déterminer son contenu. Il s'agit alors d'une bonne foi plus philosophique, reflet de l'esprit de l'article 1104.

Ainsi, la bonne foi est un principe irrigateur de la vie contractuelle, tant dans sa lettre que dans son esprit.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

La bonne foi contractuelle semble avoir de beaux jours devant elle. Si sa fonction classique dans l'exécution du contrat semble être confirmée par le nouvel élan que lui donne l'article 1104 du code civil et qu'elle prospérera sur le terrain de l'appréciation du comportement contractuel, d'autres défis semblent se mettre sur son chemin. L'officialisation de son champ d'application élargi lui permettra certainement de s'affirmer un peu plus et divers terrains de jeu l'attendent pour qu'elle démontre ses potentialités. En réalité, tout est entre les mains du juge qui aujourd'hui plus qu'hier dispose d'une possibilité de rebattre les cartes et de faire de la bonne foi un outil servant les buts qu'il poursuit. Si la matière contractuelle est toujours frileuse concernant un possible rôle du juge en son sein, il se peut néanmoins que celui-ci se serve de la bonne foi un peu plus qu'à l'accoutumée dans la mesure où elle est susceptible d'irriguer toute la vie contractuelle, de lui donner une cohérence. Elle semble être une nouvelle ligne directrice dans l'existence du contrat, ligne teintée de justice contractuelle. Si rien n'est cependant dit concernant la mort du contrat, la bonne foi pourrait trouver aussi un rôle à jouer une fois le contrat éteint ou du moins au crépuscule de son existence.

Si elle reste mesurée, il se peut qu'elle puisse s'imposer comme l'outil indispensable du juge au XXI<sup>ème</sup> siècle, juge souhaitant trouver l'équilibre entre une sécurité juridique nécessaire et une demande de justice plus prégnante. Si la liberté et l'égalité reste la règle, il semble que la fraternité fasse une entrée sur la pointe des pieds et sous le regard des garants d'un modèle contractuel libéral.

## BIBLIOGRAPHIE

### I. OUVRAGES ET MANUELS

#### Ouvrages généraux :

- ANCEL (P.), *Droit des obligations en 12 thèmes*, Séquences, 1ère éd., Paris : Dalloz, 2018, 544p.
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dir. CORNU (G.)), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, 12ème éd., Paris : PUF, 2018.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil - Les biens - Les obligations*, t.2, Quadrige, 2ème éd., Paris : PUF, 2017
- CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations - Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, 2ème éd., Paris : Dalloz, 2018, 1144p.
- COLLECTIF, *Lexique des termes juridiques 2018-2019*, « Équité », 26ème éd., Paris : Dalloz, 2018, p.453.
- DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, 2ème éd., Paris : Economica, 2012, 920p.
- DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - Commentaire article par article*, 2ème éd., Paris : LexisNexis, 2018, 1080p.
- GHESTIN (J.), JAMIN (C.) ET BILLIAU (M.), *Traité de droit civil - Les effets du contrat*, 3ème éd., Paris : LGDJ, 2001.
- HOUTCHIEFF (D.), *Droit des contrats*, Collection Paradigme, 3ème édition, Bruxelles : Bruylant, 2017, 649p.
- EDITIONS LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse* (en ligne : [larousse.fr](http://larousse.fr)).
- EDITIONS LE ROBERT, *Dictionnaire Le Petit Robert de la langue française*, Paris, 2019.
- MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, Collection Droit civil, 9ème édition, Paris : LGDJ, 2017, 897p.

#### Ouvrages spéciaux :

- ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La bonne foi - Journées louisianaises*, Paris : Litec, 1994, 585p.
- DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1767 (cité par LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.) in « Bonne foi », Répertoire droit civ., Paris : Dalloz, 2017).
- ENGIE, *Charte éthique*, 2019 (consultable en ligne).

- **GOUBINAT (M.)**, *Les principes directeurs du droit des contrats*, Université Grenoble Alpes, 2016, 413p., consultable en ligne : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01392405/document> (consulté le 20 janvier 2019).
- **GROUPE RENAULT**, *Charte éthique*, 2019 (consultable en ligne).
- **JABBOUR (R.)**, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 2016, 487p.
- **LOIR (R.)**, *Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats*, Université de Lille 2, 2002, 149p.
- **LEQUETTE (S.)**, *Le contrat coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, Recherches juridiques, Paris : Economica, 2012, 514 p.
- **RIPERT (G.)**, *La règle morale dans les obligations civiles*, Anthologie du droit, Paris : LGDJ, 2014, 424p.
- **TRIGEAUD (J.-M.)**, *Justice et fidélité dans les contrats*, Archives philosophiques du droit, vol. 28, Paris : Sirey, 1983.

## **II. ARTICLES ET CHRONIQUES JURIDIQUES**

- **ANCEL (P.)**, « Critères et sanction de l'abus de droit en matière contractuelle », *Cahier de entreprises*, 1998, n°6, p.30 ; « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 » in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz Litec, 2011, p.61.
- **ANSELME-MARTIN (O.)**, « Étude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi », *LPA*, 22 janv. 1997, n°10, p.18, n°3.
- **AYNÈS (L.)** : « L'obligation de loyauté », in *L'obligation*, Archives de philosophie du droit, Tome 44, Paris : Dalloz, 2000, p.198 et s. ; « Bonne foi : vers une déontologie contractuelle », in « Juin-Décembre 2005 : vers une consolidation des tendances antérieures », *Dr. et pat.*, 1er janv. 2006, n°144, I. ; Préface de *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, thèse de JABBOUR (R.), Bibliothèque de droit privé, Tome 573, Paris : LGDJ, 2016.
- **BALAT (N.)** : « Observations sur la bonne foi en droit des contrats à la veille de la réforme », *RD d'Assas*, n°12, févr. 2016, §29, p.69 ; « Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ? », *D.* 2018, p. 2099 et s.
- **BÉNABENT (A.)**, « La bonne foi dans l'exécution du contrat », in *La bonne foi - Journées Louisianaises*, Association Henri Capitant, Tome 43, Paris : Litec, 1994, p. 293 et s.
- **COHEN (D.)**, « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804-2004 - Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris : Dalloz, 2004, p.517 et suiv.
- **CORNU (G.)**, Introduction au *rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 22 septembre 2005*, p.20, disponible sur : <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/>



[rapports-publics/054000622-rapport-sur-l-avant-projet-de-reforme-du-droit-des-obligations-articles-1101-a-1386-du](#) (consulté le 5 juin 2019)

- **FENOUILLET (D.)**, « Les valeurs morales », in « Le nouveau discours contractuel », *RDC* 2016, n°113, p.589.
- **FABRE-MAGNAN (M.)**, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p.441 et s. ; « Le devoir d'information : essai de tableau général après la réforme », *JCP*, 2016, p. 706.
- **GHOZI (A.), LEQUETTE (Y.)**, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.* 2008, p.2609.
- **JAMIN (C.)**, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p.441 et s.
- **JOURDAIN (P.)**, « Rapport français », in : *La bonne foi journées Louisianaises*, Paris : Litec, 1994, p121 et suivantes.
- **LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.)**, « Bonne foi », Répertoire de droit civil, Paris : Dalloz, 2017.
- **LE PETIT JURISTE**, « L'obligation contractuelle de bonne foi : état des lieux », 14 juin 2016, publié en ligne : <https://www.lepetitjuriste.fr/droit-civil/lobligation-contractuelle-de-bonne-foi-etat-lieux/> (consulté le 13 décembre 2018).
- **LEQUETTE (Y.)**, « Bilan des solidarismes contractuels », in : *Mélanges offerts à Paul Didier*, Études de droit privé, Paris, Economica, 2008, p. 247 et s.
- **LOUSSOUARN (Y.)**, « Rapport de synthèse », in : *La bonne foi journées Louisianaises*, Paris : Litec, 1994, p.7 et suiv.
- **MAYER (P.)**, « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international », in *Études P. LALIVE*, 1993, Helbing et Lichtenhahn, p.549, I-A-3, consulté en ligne le 24 mai 2019 (<https://www.trans-lex.org/115700>).
- **MAZEAUD (D.)**, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in : *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p.603 et s. ; « *Le nouvel ordre contractuel* », *RDC*, n°1, 1er décembre 2003, p.295 et suiv., §39 ; « La confiance légitime et l'estoppel », *RID comp.*, 2006, p.362 ; « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », *Mélanges Jean Hauser*, Paris : LexisNexis / Dalloz, 2012, p.905 et suiv.
- **MEKKI (M.)**, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015, p.816.
- **PICOD (Y.)**, « Contrats et Obligations - Effet obligatoire des conventions - Exécution de bonne foi des conventions », *JurisClasseur Code civil Art. 1134 et 1135* (archives antérieures au 1er octobre 2016), Paris : LexisNexis, 2016.
- **WILLMANN (C.)** in « La bonne foi contractuelle et les convictions religieuses », *JCP E*, 1999, p.900.

### III. JURISPRUDENCE

- Cass., civ., **6 mars 1876**, *Canal de Craponne*.
- CA Pau, **15 fév. 1973** : *RTD Civ.*, 1977, p.152, obs. DURRY (G.).
- Cass., 1ère civ., **9 oct. 1985**, n° 84-10.245 : *Bull. civ. I*, n° 251 ; *D.* 1986, p.417.
- Cass., ch. soc., **25 fév. 1992**, n° 89-41.634 : *Bull.*, 1992, V, n° 122, p.74 ; *D.* 1992, p. 392, note DÉFOSSEZ (A.).
- Cass., ch. com., **3 nov. 1992**, n° 90-18.547 : *D.* 1995, p.85, obs. FERRIER (D.) ; *RTD civ.*, 1993, p.124, obs. MESTRE (J.).
- Cass., ch. com., **22 févr. 1994**, n°92-13.871 : *Bull. civ. IV*, n°72 ; *RTD civ.* 1994, p.850, obs. MESTRE (J.).
- Cass., 1ère ch. civ., **31 janv. 1995**, n°92-20.654 : *Bull. civ.* 1995, n° 57, p. 41 ; *D.* 1995, p. 230, obs. MAZEAUD (D.) ; *RTD civ.* 1995, p.623, obs. MESTRE (J.) ; *Défrénois* 1995, p.749, obs. DELEBECQUE (P.).
- Cass., 2ème ch. civ., **4 juin 1997**, n°95-10.574 : *RTD civ.* 1997, p.921, obs. MESTRE (J.).
- Cour de Versailles, **23 janv. 1998** : *JCP E*, 1998, p.781.
- Cass., ch. com, **24 novembre 1998**, n° 87-18.357 : *Bull. IV*, n° 277 ; *JCP G*, n° 48, 1er déc. 1999, II, 10210, note PICOD (Y.) ; *Defrénois*, 1999, p. 371, obs. MAZEAUD (D.) ; *RTD civ.*, 1999, p. 98, obs. MESTRE (J.).
- Cass., 2ème civ., **19 juin 2003**, n° 00-22.302 et 01-13.289 : *Bull. civ. 2003 II*, n°203 ; *D.* 2003, p.2326, note CHAZAL (J.-P.).
- Cass., ch. com., **26 nov. 2003**, n° 00-10.243 et n°00-10.949 : *Bull. civ. IV*, n°186 ; *JCP E* 2004, n°738, note STOFFEL-MUNCK (P.) ; *JCP* 2004, I, p.163, n°18 et suiv., obs. VINEY (G.) ; *RTD civ.* 2004, p.80, obs. MESTRE (J.), FAGES (B.) ; *RDC* 2004, p.257, note MAZEAUD (D.) ; *D.* 2004, p.869, obs. DUPRÉ-DALLEMAGNE (S.) ; *Revue des sociétés* 2004, p.325, note MATHEY (N.) ; *Dr. et patr.*, mars 2004, p.102, obs. PORRACCHIA (D.).
- Cass., 1ère ch. civ., **21 fév. 2006**, n°02-14.326 : *Bull. civ. I*, n°100. ; *Défrénois* 2006, p. 1223, obs. LIBCHABER (R.).
- Cass., ch. soc., **21 février 2006**, n° 04-47.181: *inédit* ; CHARBONNEAU (C.), « Qui dort s'enrichit », *Les cahiers sociaux*, 1er mai 2006, n° 180, p. 221.
- Cass., ch. soc., **10 mai 2006**, n°05-42.210 : *Bull.* 2006, V, n° 169, p. 164 ; *D.* 2006, IR p. 1482 ; *D.* 2007, panorama jurisprudence, p.179, coll. ; *Droit social*, 2006, p. 803, obs. SAVATIER (J.).
- Cass., ch. com., **10 juil. 2007**, n°06-14.768 : *D.* 2007, p.2839, note STOFFEL-MUNCK (P.) - p.2844, note GAUTIER (P.-Y.) - p.2966, obs. AMRANI MEKKI (S.), FAUVARQUE-COSSON (B.)

- ; *RTD civ.* 2007, p.773, obs. FAGES (B.) ; *RTD com.* 2007, p.786, obs. LE CANNU (P.), DONDERO (B.) ; *Dr et patr.* 2007, n° 162, p. 94, obs. STOFFEL-MUNCK (P.).
- CA Paris, **21 mars 2012**, n°10/12357
  - Cass., 1ère Civ., **31 oct. 2012**, n°11-15.529 : obs. FAGES (B.), *RTD Civ.*, 2013, p.109.
  - Cass., ch. soc., **15 janvier 2013**, n° 11-15.646 : *Bull.*, 2013, V, n°8 ; *JCP S*, 2 avril 2013, n°14, p.30-33, com. BOSSU (B.) ; *Droit social*, 2013, p.398, obs. GAURIAU (B.) ; *Droit social*, 2013, p.576, chron. TOURNAUX (S.).
  - Cass., ch. mixte, **7 juil. 2017**, n°15-25.651 : *Bull.* n°284 ; *D.* 2017, p.1800, note BACACHE (M.) ; *D.* 2018, p.35, obs. GOUT (O.) - p.583, obs. POILLOT (E.) ; *RTD civ.* 2017, p.829, obs. USUNIER (L.) - p.872, obs. JOURDAIN (P.) - p.882, obs. GAUTIER (P.-Y.) ; *RTD eur.* 2018, p.341, obs. JEAUNEAU (A.).

## TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION .....	1
--------------------	---

### PREMIÈRE PARTIE

#### LA BONNE FOI CLASSIQUE, INSTRUMENT D'APPRÉCIATION DU COMPORTEMENT CONTRACTUEL

<b>Chapitre 1 : La bonne foi mise en oeuvre, prescription d'un comportement loyal ....</b>	<b>19</b>
Section 1. La loyauté, corollaire constant de la bonne foi .....	20
A) Les manifestations du devoir de loyauté .....	20
B) L'émancipation timide de l'obligation de loyauté .....	23
Section 2. La coopération, corollaire émergent de la bonne foi .....	26
A) Les manifestations du devoir de coopération .....	26
B) Vers un solidarisme contractuel ? .....	31
Conclusion .....	34
<b>Chapitre 2 : La bonne foi malmenée, sanction judiciaire du comportement déloyal..</b>	<b>35</b>
Section 1. Une appréciation discrétionnaire du juge .....	36
A) La détermination de la mauvaise foi .....	36
B) Les enjeux du nouveau caractère d'ordre public .....	40
Section 2. Des sanctions judiciaires plurielles .....	43
A) La déchéance, sanction privilégiée .....	44
B) Les dommages et intérêts, sanction partiellement adaptée .....	48
Conclusion .....	51

### SECONDE PARTIE

#### LA BONNE FOI ÉMERGENTE, PRINCIPE IRRIGATEUR DE LA VIE CONTRACTUELLE

<b>Chapitre 1 : La bonne foi, garante de la relation contractuelle .....</b>	<b>55</b>
Section 1. La bonne foi, instrument au service de la naissance du contrat .....	56
A) La bonne foi, inspiratrice d'obligations pré-contractuelles .....	56
B) La bonne foi, outil prépondérant de la négociation à la formation.....	59

Section 2. La bonne foi, instrument au service de la pérennité contractuelle .....	64
A) La bonne foi, possible condition de validité du contrat .....	64
B) La bonne foi, instrument de confiance .....	67
Conclusion .....	70
<b>Chapitre 2 : La bonne foi, garante de la cohérence contractuelle .....</b>	<b>70</b>
Section 1. La bonne foi dans la détermination du contenu contractuel .....	71
A) La bonne foi, outil complétant le contenu contractuel .....	72
B) La bonne foi, outil sanctionnant le contenu contractuel .....	74
Section 2. La bonne foi dans l'explicitation du contenu contractuel .....	76
A) La bonne foi, outil d'interprétation du contenu contractuel .....	76
B) La bonne foi, outil d'adaptation du contenu contractuel .....	79
Conclusion .....	81
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>	<b>83</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>84</b>