

Mémoire de DEA droit des contrats
préparé sous la direction de Christophe Jamin par

Romain Loir

**Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit
français des contrats.**

Session 2001-2002

« Il est devenu usuel de souligner l'absence d'unité de la notion de bonne foi en droit français des contrats. Connaissant des illustrations extrêmement diverses, elle semble en effet se perdre dans ses applications. En outre, le fait d'intervenir en cours d'exécution du contrat lui conférerait des caractéristiques propres à la sphère contractuelle, la distinguant ainsi de la bonne foi exigée avant que le lien contractuel ne soit formé. Pourtant, avant de se résoudre à cette absence d'unité de la notion, il nous a semblé nécessaire de s'intéresser à ses fondements. En effet, l'étude de ces derniers, trop souvent négligée, ne révèle t'elle pas qu'en réalité, la bonne foi est fondamentalement unitaire ? Remontant d'abord aux sources historiques de la notion, afin de mieux comprendre ce qu'elle est, nous avons ensuite tiré profit des enseignements des siècles pour en définir les fondements actuels. Il nous est alors apparu que, quelques soient ses manifestations, elle répondait toujours fondamentalement à une même idée d'altruisme. Il nous est aussi apparu que, se fondant toujours en dehors du contrat, elle n'était jamais susceptible, même au cours de l'exécution de ce dernier, de se situer sous son emprise. Dés lors, notre étude semble permettre de remettre en cause l'idée selon laquelle la bonne foi ne serait pas une notion unitaire, témoignant de l'intérêt d'aborder sous un angle peu abordé un thème souvent jugé battu et rebattu. Au-delà, elle vise à faire preuve de curiosité, voire de prudence, en cherchant à comprendre la raison d'être de cette exigence si répandue en droit des contrats. »

SOMMAIRE :

PARTIE 1 LES ORIGINES HISTORIQUES DE LA BONNE FOI

CHAPITRE 1 : Les origines religieuses de la bonne foi

CHAPITRE 2 : Les origines laïques de la bonne foi

PARTIE 2 LA DEFINITION ACTUELLE DES FONDEMENTS DE LA BONNE FOI A LA LUMIERE DES ENSEIGNEMENTS DE L'HISTOIRE

CHAPITRE 1 : Le fondement de la bonne foi dans la seule idée d'altruisme

CHAPITRE 2 : Le fondement de la bonne foi dans le seul domaine extra contractuel

« *Alligator qui vit indifféremment sur la terre ou dans l'eau* »¹, la bonne foi se manifeste dans tous les domaines du droit. Riche d'intérêt pour un juriste adepte du droit comparé², elle se révèle produire des effets dans les sphères les plus variées. Du droit international au droit interne, elle connaît ainsi une multitude d'applications. Consacrée par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, par les Principes Unidroit relatifs aux contrats du Commerce international³, la bonne foi est aussi inscrite dans nombre de nos textes de droit interne. Droit pénal, droit administratif, droit de la famille, droit des biens ou droit des obligations, il semble que peu de domaines de notre droit puissent échapper à son emprise.

¹ LOUSSOUARN (Y.), « Rapport de synthèse », in TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La bonne foi*, Paris : Litec, 1994, p.9.

² Voir à ce sujet LOUSSOUARN (Y.), *Id.*, pp.7-22, qui évoque la présence de la bonne foi dans les droits de pays tels que l'Argentine, le Brésil, le Canada, le Japon, la Pologne ou la Turquie.

³ Article 1.7 des Principes.

A ce titre, elle a fait l'objet d'une grande attention de la part des juristes, et de très nombreux travaux lui ont été réservés. C'est particulièrement le cas en droit français des contrats, puisque la fin du siècle dernier a donné lieu à un phénomène de moralisation de ce droit⁴, caractérisé notamment par une multiplication des manifestations de la bonne foi. Dès lors, en droit français des contrats, le thème de la bonne foi peut apparaître battu et rebattu. Comment justifier alors qu'une étude lui soit à nouveau consacrée ?

Il faut ici remarquer que la notion est très difficilement appréhendée, douloureusement cernée, ce qui, face au constat de son importance, est particulièrement troublant.

Il est d'abord malaisé de la définir, et le juriste sera d'autant plus embarrassé dans cette entreprise que l'expression renvoie avant tout au langage courant, sa connotation religieuse et morale étant indéniable. La bonne foi évoque ainsi la « qualité d'une personne qui parle, agit avec loyauté, selon sa conscience. »⁵. « Etre de bonne foi », c'est « être convaincu de la véracité de ses propos »⁶. « Etre de mauvaise foi » renvoie alors à « l'absence de loyauté, de sincérité dans ses propos, ses actes. »⁷. Toutefois, au delà de cette signification courante, les juristes ont tenté une approche de la notion telle que révélée par le droit. Mais, c'est alors à l'absence de définition unique de l'expression en droit qu'il faut se résoudre. En effet, « renoncer à faire éclater la notion de bonne foi serait renoncer à la définir autrement que par de vagues sentiments et à lui donner un réel contenu juridique⁸. » . L'appréhension de la notion par un juriste semble donc nécessairement impliquer une multiplicité de définitions. Deux acceptions majeures se dégagent généralement, inspirées de la distinction allemande entre « Guter Glaube » et « Treu und Glauben ». La bonne foi évoque d'abord la croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière, que cette croyance repose sur la seule ignorance (mariage putatif, chèque sans provision) ou sur une apparence trompeuse⁹.

⁴ OPPETIT (B.), « Ethique et vie des affaires », in *mélanges offerts à André Colomer*, Paris : Litec, 1993, pp.319-333.

⁵ *Le Maxidico, Dictionnaire encyclopédique de la langue française*, Paris : Editions de la Connaissance, 1996.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse Dijon, préface de COUTURIER (G.), Paris : LGDJ, 1989, p.12.

⁹ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique publié sous la direction de Gérard Cornu*, 7^{ème} édition, Paris : PUF, 1998, pp.109-110.

Cette première acception, si elle n'est pas sans portée en droit des contrats, y reste d'une importance moindre au regard de celle aujourd'hui accordée à la bonne foi saisie comme évoquant un comportement loyal, une attitude d'intégrité et d'honnêteté¹⁰. C'est cette dernière bonne foi qui, aujourd'hui, « domine de haut tout le droit des contrats¹¹ » et c'est à elle qu'il conviendra de s'intéresser.

Si la bonne foi est difficile à définir, il est d'autant plus délicat de la cerner qu'elle se distingue mal d'une notion voisine, l'équité. En effet, « L'équité est bien la notion qu'évoque le plus spontanément l'idée de bonne foi »¹². Pourtant, si la bonne foi est visée de façon générale dans les contrats à l'article 1134, alinéa 3 du Code civil¹³, l'équité fait en cette matière l'objet d'une disposition distincte, l'article 1135 du Code civil¹⁴. Mais, chez certains auteurs¹⁵ et dans certaines décisions de jurisprudence¹⁶, l'habitude a été prise de viser conjointement les deux textes. Il est vrai que les deux notions remplissent des fonctions voisines, notamment en ce qui concerne l'interprétation du contrat, à tel point qu'un pan entier des manifestations de la bonne foi pourrait être absorbé par l'article 1135 du Code civil¹⁷. La frontière entre bonne foi et équité est donc très floue, et la doctrine n'est guère unanime sur les rapports qu'entretiennent les deux notions. Pour certains, l'équité serait une conséquence de la bonne foi¹⁸, alors que pour d'autres, la bonne foi serait un instrument

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ LE TOURNEAU (P.), « Bonne foi », in *Rép.civ.Dalloz*, Paris : DALLOZ, 1995, volume III, p.5.

¹² VOUIN (R.), *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, Thèse Bordeaux, Paris : LGDJ, 1939, p.89.

¹³ L'article 1134, alinéa 3 du Code civil énonce que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi. ».

¹⁴ L'article 1135 du Code civil énonce que « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. ».

¹⁵ Voir par exemple COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, 7^{ème} édition, Paris : Dalloz, 1932, Tome II, pp.68-69 ; DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon XXIV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Paris : Lahure, 1877, Tome I, p.376.

¹⁶ Voir par exemple Cass. Com., 16 mars 1993, *Bull. civ.*, IV, n°109, p.75.

¹⁷ STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat*, Thèse Aix-Marseille, préface de BOUT (R.), Paris : LGDJ, 2000, p.81.

¹⁸ Voir BAUDRY-LACANTINERIE (G.), BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris : Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Larose, 1897, Tome I, *Des obligations*, p.319 ; voir également BENABENT (A.), « Rapport français », *op. cit.*, *supra* notre note n°1, p.294, qui affirme que la bonne foi inspire la disposition de l'article 1135 du Code civil.

d'application de l'équité¹⁹. Enfin, certains auteurs entendent consacrer l'autonomie de la bonne foi au regard de l'équité²⁰. La confusion qui règne quant à la question du rapport entre les deux notions ne facilite donc pas l'appréhension de la bonne foi, le point commun le plus sûr entre cette dernière et l'équité étant certainement leur caractère insaisissable.

Ce dernier ressort avec autant plus d'intensité que les manifestations de la bonne foi sont extrêmement variées. Ainsi, envisagée au sens de loyauté, d'honnêteté dans le comportement, elle innerve l'ensemble du champ contractuel, aussi bien au moment de la formation du contrat qu'au moment de son exécution. C'est pourquoi évoquer la bonne foi dans les contrats revient à évoquer la bonne foi aussi bien au niveau de la formation du lien obligatoire entre les parties qu'au niveau de son exécution. Les illustrations de l'emprise de la bonne foi sur le contrat sont si diverses qu'il est difficilement possible de prétendre à l'exhaustivité. Mais, il est néanmoins concevable de relever les plus marquantes, en apportant au préalable une importante précision terminologique, tenant à la différenciation des notions de bonne foi et de loyauté. En effet, le plus grand flou règne en doctrine sur l'emploi de ces termes, et il est important de préciser nettement l'usage qui en sera fait. Chez nombre d'auteurs, les mots de « bonne foi » et de « loyauté » sont employés comme étant équivalents²¹. Parfois, les auteurs tendent à privilégier le terme de loyauté, l'estimant plus précis. Ainsi, un auteur a-t-il pu estimer que « Alors que l'on utilise généralement la notion de bonne foi pour caractériser les relations qui se nouent entre les parties après la formation du contrat, il nous paraît préférable d'utiliser la notion plus adaptée, plus précise, de loyauté²². ». Toutefois, la distinction ne semble fondée que sur une exigence de précision, et il est bien difficile d'établir un critère fiable permettant de tracer la frontière entre les deux notions. Récemment, M.Aynés a entendu apporter un éclaircissement sur la distinction²³. Il précise dans un premier temps que la loyauté n'a que de lointains rapports avec la première conception de la bonne foi, qui la considère comme une croyance erronée. Par contre, il admet

¹⁹ Voir LE TOURNEAU (P.), *op. cit.*, p.2, qui affirme que la bonne foi est un instrument d'application de l'équité.

²⁰ VOUIN (R.), *op. cit.*, p.92.

²¹ Voir par exemple GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^{ème} édition, Paris : LGDJ, 1993, pp.231-239, qui emploie les deux termes comme équivalents.

²² PICOD (Y.), *op. cit.*, p.11.

²³ AYNES (L.), « L'obligation de loyauté », *Archives de philosophie du droit*, 2000, n°44, p.198.

qu'elle connaît des liens beaucoup plus étroits avec la seconde conception, riche de conséquences en droit des contrats. La seule différence entre cette bonne foi et la loyauté tiendrait au fait que le devoir de loyauté déborde, selon lui, largement les frontières de l'exécution du contrat²⁴. Mais, l'auteur n'établit pas de net critère de distinction entre l'acceptation de la bonne foi qui nous intéresse et la loyauté, d'autant plus que l'exigence de bonne foi ne semble pas se limiter non plus au seul domaine de l'exécution du contrat. Il paraît alors préférable de retenir une position assez généralement adoptée, selon laquelle la loyauté est perçue comme une conséquence de la bonne foi. Parallèlement à d'autres exigences découlant du devoir de bonne foi, cette dernière exigerait la loyauté²⁵.

Ainsi, il est généralement admis²⁶ que, dès le stade des négociations, alors même que le contrat n'est pas encore formé, les négociateurs doivent être animés par une attitude loyale, se traduisant en particulier au moment de la rupture des pourparlers, lorsqu'elle intervient abusivement. On évoque aussi habituellement le devoir de confidentialité qui s'impose à eux sur le fondement de la bonne foi. Au moment de la conclusion du contrat, l'idée de bonne foi est encore présente. On enseigne alors qu'elle impose un consentement réel et éclairé, qui ne doit pas être surpris par dol ou par erreur, qui ne doit pas être altéré par la réticence dolosive du partenaire. Lors de l'exécution du contrat, l'exigence de bonne foi a permis à la jurisprudence de découvrir un certain nombre de devoirs s'imposant aux parties, tels que le devoir de conseil ou de renseignement. Mais, elle est également à la source d'exigences de comportement. Sur le fondement de la bonne foi, il est demandé aux parties de faire preuve de vigilance, de transparence, de persévérance, de coopération avec leur partenaire. Négativement, la mauvaise foi jouera un rôle dans l'évaluation du comportement individuel du contractant, et le contractant de mauvaise foi se verra refuser certaines voies juridiques.

Connaissant donc des illustrations extrêmement variées, l'exigence de bonne foi apparaît ainsi diffuse, et difficilement saisissable. Il est à redouter qu'elle perde toute unité dans ses applications, et réponde à des idées infiniment diverses. Les tentatives de

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Voir par exemple en ce sens DARMAISIN (S.), *Le contrat moral*, Thèse Paris II, préface de TEYSSIE (B.), Paris : LGDJ, 2000, p.149.

²⁶ Voir pour une présentation classique des manifestations de l'exigence de bonne foi LE TOURNEAU (P.), *op. cit.*

classification des manifestations de la bonne foi dans les contrats semblent traduire cette dispersion.

Par exemple, il faudrait distinguer, selon une doctrine d'origine belge et largement reprise, la fonction interprétative de la bonne foi de sa fonction complétive, sa fonction limitative de sa fonction adaptative²⁷. Dans sa fonction interprétative, la bonne foi permet au juge d'interpréter le contrat en fonction du but que la bonne foi ne peut manquer de lui donner. Dans sa fonction complétive, la bonne foi permet de compléter le contenu du contrat en fondant un certain nombre de devoirs qui n'avaient pas été expressément envisagés par les parties. Lorsque l'on évoque la fonction limitative de la bonne foi, c'est essentiellement à l'abus de droit qu'il est alors fait référence. Enfin, la bonne foi remplirait une fonction adaptative en permettant l'adaptation du contrat aux circonstances extérieures²⁸. Au delà du caractère descriptif et pédagogique de telles distinctions, n'est-il pas possible d'y voir une dissolution de la bonne foi dans ses diverses applications ?

De façon similaire, certains auteurs ont envisagé d'opérer une distinction entre deux manifestations, essentielles à leurs yeux, de la bonne foi en matière contractuelle. Ainsi, dans sa thèse de 1939, Vouin envisagea de distinguer la bonne foi contractuelle et la bonne foi du contractant : « Il est possible d'envisager la bonne foi individuelle d'un contractant dans le but de lui accorder une faveur, comme aussi de considérer, d'une manière abstraite, les limites et les exigences de la bonne foi pour prétendre en déduire, dans leur nature et leur étendue, les droits et obligations de l'une et de l'autre des parties au contrat. On peut donc opposer, pour les étudier séparément, la bonne foi des contractants et la bonne foi contractuelle²⁹. ». Certes, cette distinction ne semblait avoir dans l'esprit de Vouin qu'une portée descriptive, mais elle amène tout de même à s'interroger sur l'unité de la notion de bonne foi. Le fait de différencier deux aspects majeurs de la bonne foi conduit naturellement à se demander si la notion est nécessairement dualiste, si elle ne peut être unitaire.

²⁷ Voir à ce sujet MASSE (C.), « Rapport général », *op. cit.*, *supra* notre note n°1, pp.224-227.

²⁸ Cette fonction reste très contestée, et en France, la théorie de l'imprévision est classiquement rejetée en droit privé.

²⁹ VOUIN (R.), *op. cit.*, p.53.

La question apparaît d'autant plus pertinente que la distinction de Vouin a été reprise. Ainsi, M. Picod se réfère t'il à la loyauté contractuelle et à la loyauté du contractant³⁰ dans l'exécution du contrat comme à deux concepts distincts. Dans le premier cas, il s'agirait de savoir à quoi les parties sont tenues, alors que dans le deuxième cas, il s'agirait de savoir comment les parties exécutent ce dont elles sont tenues, et comment elles se comportent dans l'exercice des droits qu'elles tirent du contrat³¹. Dans une thèse récente, M. Stoffel-Munck a à nouveau établi la distinction, en lui attribuant un caractère fondamental. Pour cet auteur, la distinction ne semble pas avoir qu'une simple portée descriptive : « L'opposition entre la bonne foi définie comme norme d'interprétation et la bonne foi conçue comme exigence d'humanité et de probité, paraît fondamentale³². ». La loyauté contractuelle serait absorbée dans l'article 1135 du Code civil, alors que seule la loyauté des contractants constituerait le sens propre de la bonne foi visée à l'article 1134, alinéa 3³³. La loyauté contractuelle se présente pour cet auteur comme « une fidélité à l'opération que les parties ont entendu réaliser par leur convention. Dans cette optique, le critère pertinent n'est pas la morale de la sociabilité, mais plus prosaïquement le respect du but économique recherché³⁴. ». Il existerait donc une différence de nature fondamentale entre bonne foi contractuelle et bonne foi du contractant. Ainsi, la bonne foi semble bien perdre toute unité dans ses applications.

La dispersion d'une telle notion, aux contours imprécis, peut s'avérer dangereuse. En effet, cela ne signifie t'il pas que ses manifestations ne sont guère cohérentes, et que c'est finalement le juge qui, au gré des espèces, détermine le sens de la notion et lui fait produire les effets qu'il désire ? Face à l'importance de la bonne foi en droit positif, ce constat n'est-il pas alarmant ? Même s'il ne faut pas dénier tout intérêt aux notions floues³⁵, n'y a t'il pas là un grave danger pour les impératifs de sécurité juridique et de prévisibilité dans le contrat ? Comment prévoir les effets de l'exigence de bonne foi si elle n'est caractérisée par aucune unité, et si la notion se perd dans ses applications ? En tout état de cause, il est généralement

³⁰ Le terme de loyauté est pour cet auteur équivalent au terme de bonne foi, bien que plus précis.

³¹ PICOD (Y.), *op. cit.*, pp.21-23.

³² STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, p.81.

³³ *Ibid.*.

³⁴ *Id.*, p.83.

³⁵ FORTIER (V.), « La fonction normative des notions floues », *RRJ*, 1991-3, pp.755-768.

admis que la bonne foi ne peut être appréhendée de façon unitaire³⁶, et qu'elle n'est qu'une notion dont le sens et la portée sont fixés par le juge³⁷.

La bonne foi apparaît d'autant moins comme une notion unitaire qu'elle semble dépendante du contrat en cours d'exécution. En effet, l'article 1134, alinéa 3 du Code civil constitue au sein de ce dernier la seule disposition de portée générale visant expressément l'exigence de bonne foi. Or, il ne vise la bonne foi que dans le seul cadre de l'exécution du contrat. De plus, intervenant dans le cadre de l'exécution du contrat, la bonne foi est souvent présentée comme une obligation contractuelle³⁸, comme pouvant entraîner l'enclenchement d'une responsabilité contractuelle³⁹, et comme dépendante des impératifs propres à la matière contractuelle, tels que le respect du principe de force obligatoire du contrat⁴⁰. La bonne foi apparaît dès lors profondément ancrée dans le champ contractuel. Or, il semble *a priori* impossible d'affirmer que la bonne foi intervenant dès la formation du contrat, alors qu'aucun contrat n'est formé, puisse se rattacher à l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, qu'elle puisse être considérée comme obligation contractuelle, et être soumise aux règles présidant à

³⁶ Voir notamment VOUIN (R.), *op. cit.*, pp.38-39, qui affirme de façon significative que « si l'on croit pouvoir donner véritablement une définition unique de la bonne foi, cette définition ne peut être que vague et imprécise. ». Plus bas, l'auteur ajoute qu'une « unité de fondement ne serait pas moins inutile. Elle tend à rétablir la cohésion là où on se trouve, au contraire, frappé par une diversité évidente. ». Voir également LOUSSOUARN (Y.), *in op. cit., supra* notre note n°1, p.11, qui constate l'impossibilité de donner de la bonne foi une définition unique de nature à rendre compte de l'ensemble de ses aspects.

³⁷ Voir à ce sujet AL-SANHOURY (A.-A), « Le standard juridique », *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris : Sirey, 1934, Tome II, p.146 ; CORNU (G.), *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Essai de lecture d'un titre du Code, DEA de droit privé*, Paris : LES COURS DE DROIT, 1977, n°71 ; FORTIER (V.), *op. cit.*, p.762.

³⁸ Voir par exemple GHOZI (A.), *RTD civ.*, 1992, pp.682-683, qui relate les principaux apports de la thèse de DESGORGES (R.), intitulée *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives* et relève que cet auteur fait de la bonne foi une obligation contractuelle. Voir également ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p.796, qui constate la tendance de la doctrine à rendre systématiquement compte de la notion de bonne foi au travers de la notion d'obligation.

³⁹ Voir par exemple MALAURIE (P.), AYNES (L.), *Cours de droit civil, Les obligations*, 10^{ème} édition, Paris : CUJAS, 1999, p.360, pour lesquels le manquement à la bonne foi entraîne l'enclenchement de la responsabilité contractuelle ; voir également DARMAISIN (S.), *op. cit.*, p. 217, pour une affirmation identique.

⁴⁰ Voir notamment AYNES (L.), « Le devoir de renégocier », *RJ com.*, n° spécial, novembre 1999, p.19 ; ANCEL (P.), *op. cit.*, p.796, qui présente la bonne foi comme une conséquence de la force obligatoire du contrat.

l'exécution du rapport contractuel. Elle semble exclue du champ contractuel. La bonne foi exigée lors de la formation du contrat devrait donc être nettement distinguée de la bonne foi exigée lors de l'exécution du contrat. En ce sens, M. Picod a pu écrire que « la bonne foi dans la formation du contrat n'a pas le même fondement et la même nature que dans l'exécution du contrat : il s'agit d'obligations pré contractuelles qui ne découlent pas de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil. En outre, d'éminents juristes ont écrit tout ce qu'il y avait à dire sur l'échange des consentements. Enfin, étendre notre recherche à la formation du contrat risquerait de lui faire perdre sa cohésion et sa logique propre⁴¹. ». D'ailleurs, de nombreux travaux envisagent séparément la bonne foi avant le contrat et la bonne foi lors de l'exécution du contrat⁴². La bonne foi ne semble donc pas pouvoir être envisagée de façon unitaire.

Toutefois, avant de se résigner à cette conclusion, dont l'approbation présente des enjeux importants, il faut remarquer qu'un aspect de la notion de bonne foi est à ce jour relativement peu exploré : il s'agit de l'interrogation sur les fondements de la bonne foi, sur ce qui constitue son socle, sa base, ce sur quoi elle repose, sa raison d'être. Ainsi, à ce sujet, les auteurs se contentent bien souvent de relever les quelques textes qui énoncent une exigence de bonne foi, et particulièrement fréquemment l'article 1134, alinéa 3 du Code civil⁴³. Ils précisent encore que la notion est d'inspiration morale⁴⁴, et indiquent parfois qu'elle trouve ses origines en droit romain⁴⁵. Mais, au-delà, la question n'est guère approfondie. La bonne foi est avant tout envisagée comme permettant de fonder un certain nombre de devoirs de

⁴¹ PICOD (Y.), *op. cit.*, pp.14-15.

⁴² Voir par exemple *op. cit.*, *supra* notre note n°1 ; TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, 7^{ème} édition, Paris : DALLOZ, 1999, pp.403-408 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), *op. cit.*, pp.795-796.

⁴³ Voir par exemple MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), MAZEAUD (J.), CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, 12^{ème} édition, Paris : Montchrestien, 1999, Tome II, premier volume, pp.857-859 ; AUBERT (JL.), *Le contrat*, Paris : DALLOZ, 1996, pp.126-127 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.), *op. cit.*, pp.795-796.

⁴⁴ Voir par exemple RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} édition (1949) republiée, Paris : LGDJ, 2000, pp.287-288 ; VOLANSKY (A.), *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, Thèse Paris, Paris : Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1929, p.190 ; CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, 4^{ème} édition, Paris : DALLOZ, 2000, p.5 ; LE TOURNEAU (P.), *op. cit.*, p.2.

⁴⁵ Par exemple MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), MAZEAUD (J.), CHABAS (F.), *op. cit.*, p.857 ; AUBERT (JL.), *op. cit.*, p.126.

loyauté, de coopération, de conseil, de renseignements. Elle a même été considérée comme le fondement de tout le droit⁴⁶. Mais, l'interrogation sur ses propres fondements est bien souvent négligée.

Pourtant, comment affirmer que la bonne foi n'est pas unitaire, qu'elle se perd dans ses applications, qu'elle est fondamentalement différente au cours de la formation du contrat et au cours de son exécution, lorsqu'on ne s'est pas questionné sur ses fondements ? En effet, l'étude de ces derniers pourrait s'avérer particulièrement enrichissante : ne révèle t'elle pas qu'en réalité la bonne foi répond toujours fondamentalement à une seule idée ? Ne révèle t'elle pas encore que la bonne foi se fonde en dehors du contrat, qu'un contrat ait ou non été conclu, et qu'elle ne peut dès lors être considérée comme une simple obligation contractuelle⁴⁷, dont la violation entraîne l'enclenchement de la responsabilité contractuelle, et dépendante du respect de la force obligatoire du contrat ? Il ne s'agit que d'hypothèses. Mais, il paraît nécessaire de développer de telles interrogations, avant d'approuver la conclusion de l'impossible unité de la bonne foi. En effet, cette dernière n'est-elle pas trop généralement refusée faute de questionnement sur les fondements de la bonne foi ? Ainsi, la bonne foi n'a pas encore livré tous ses secrets, et il semble justifié de prêter encore attention à son étude.

Il convient donc, au travers de l'étude des fondements de la bonne foi, de rechercher s'il est possible de définir une unité fondamentale de la bonne foi.

Mais, comment aborder une telle recherche ? Les arguments sont nombreux, qui inciteraient au découragement celui qui entend se livrer à une entreprise de cet acabit. En effet, les manifestations de la bonne foi sont extrêmement diverses, et il semble que, difficilement saisissable, la bonne foi semble plus abordable par la définition des buts qu'elle permet d'atteindre. En outre, n'est-il pas inutile d'aborder la question ? En effet, si la notion n'est qu'une notion floue, vague, voire qu'un instrument au service du juge, pourquoi serait-il nécessaire de remonter à ses fondements ? N'est-ce pas pour cette raison que peu de travaux lui sont consacrés ? De plus, comment savoir ce qui se passe dans l'esprit du juge ou du

⁴⁶ VOLANSKY (A.), *op. cit.*, dont la thèse a pour objet de démontrer que la bonne foi est au fondement de tout le droit.

législateur ? Rechercher les fondements de la bonne foi conduirait nécessairement à entreprendre une telle opération, impossible à grande échelle. Il faut encore ajouter que le fait de déterminer les fondements de telle ou telle notion est susceptible d'impliquer une grande subjectivité : l'auteur d'une telle démarche ne doit-il pas se livrer à un travail de construction intellectuelle, forcément subjectif ? S'interrogeant sur la question des fondements de la force obligatoire du contrat, un auteur a pu écrire : « Pourquoi le droit positif confère-t-il force obligatoire au contrat ? Parce qu'il est conforme à des valeurs supérieures qu'il appartient à la doctrine de découvrir et de définir⁴⁸ ». Mais, sur quelle base le travail de découverte du chercheur repose t'il ? N'est-il pas finalement influencé par ses propres opinions, par sa propre idéologie, par sa propre conception du droit ? L'opération de définition des fondements de la bonne foi n'implique t'elle pas de prendre parti, au nom de sa propre perception du droit des contrats, sur ce que doit être la bonne foi ?

Enfin, la définition des fondements de la bonne foi est difficile parce qu'elle peut autoriser des approches très diverses.

Evoquer les fondements de la bonne foi peut conduire, dans une approche positiviste de la question, à s'interroger sur les fondements textuels de la bonne foi. Mais, une telle démarche semble s'avérer peu instructive. Certes, la moisson de textes est importante. Ainsi, au stade de l'exécution du contrat, il est évidemment possible de faire référence à l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, ainsi qu'à certains textes spéciaux, tel l'article L.120-4 du Code du travail, issu de la loi n°2002-73 de modernisation sociale du 17 janvier 2002, qui énonce l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail. Au stade de la formation du contrat, l'exigence de bonne foi peut également se fonder dans certains textes. Elle peut s'appuyer sur des textes du Code civil, notamment ceux relatifs aux vices du consentement. De même, elle peut s'appuyer sur des textes spéciaux, tels que l'article L.132-1 du Code de la consommation, permettant de lutter contre les clauses abusives qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Ce texte est en effet issu d'une directive CEE du 05 avril 1993 qui, s'inspirant du droit allemand, caractérisait la clause

⁴⁷ C'est pourquoi, il convient, à ce stade du raisonnement, de n'évoquer prudemment que l'exigence de bonne foi et de ne pas utiliser le terme d'obligation de bonne foi.

⁴⁸ THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p.374.

abusive par sa contrariété à l'exigence de bonne foi. Cherchant à assurer un consentement éclairé, les articles L.111-1 et L.113-3 du Code de la consommation fondent également une obligation générale d'information envers le consommateur, de même que l'article L.330-3 du Code de commerce impose une obligation pré contractuelle d'information à la charge de toute personne qui met à la disposition d'une autre un nom commercial, une marque ou une enseigne en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. Mais, en dehors de l'appui de ces textes, la bonne foi est invoquée par la jurisprudence⁴⁹. Elle doit alors trouver un fondement que l'article 1134, alinéa 3 du Code civil ne saurait lui fournir. Dès lors, il apparaît que la recherche des textes fondant l'exigence de bonne foi ne permet pas une approche globale des manifestations de la bonne foi, et trahit ainsi l'insuffisance d'une telle démarche. En tout état de cause, elle ne permet pas de saisir la raison d'être de la bonne foi, de définir sur quelles idées elle repose, et n'est guère pertinente dans le cadre de la problématique de l'unité fondamentale de la bonne foi.

Il est une autre approche qu'il paraît nécessaire d'éviter : il s'agit de l'approche tenant à l'analyse économique du droit des contrats. En effet, il est possible de douter de la vocation de l'économie à être un fondement du droit⁵⁰, et l'analyse économique semble avoir avant tout une portée descriptive⁵¹. Elle ne saurait, dès lors, être l'instrument d'une définition des fondements de la bonne foi. En outre, l'approche économique du droit demeure, malgré une nette avancée en France ces dernières années, encore largement ancrée dans les systèmes juridiques anglo-saxons et ne semble, dès lors, pas nécessairement adaptée à une approche de la bonne foi telle qu'elle est aujourd'hui présente en droit français. Enfin, la recherche des fondements de la bonne foi est susceptible de faire appel à de très amples investigations. Il paraît donc plus raisonnable d'opérer des choix dans la façon d'aborder le sujet en droit.

⁴⁹ Voir par exemple Cass. Com., 17 juin 1997, *JCP*, éd. E, 1997-II-1007, p.234, note LEGAIS (D.) ; Cass. Com., 22 avril 1997, *D.* 1998, *jur.* p.45, note CHAUVEL (P.).

⁵⁰ MARTIN (R.), « Loi économique et règle de droit », *D.* 1990, *Chronique*, p.260, qui doute de la capacité de l'économie à fonder le droit, en ce qu'elle ne constitue pas, selon lui, une science véritable, dure.

⁵¹ Voir à ce sujet JAMET-LE GAC (S.), *De « l'utilité » de la bonne foi, une analyse économique de la bonne foi dans et pour l'exécution des contrats*, Mémoire Lille II, dactylographié, 1998, p.2, qui relève que l'analyse économique du droit des contrats vaut essentiellement par son volant descriptif, et qu'elle se contente d'observer le droit afin de jauger son efficacité. L'analyse économique permet de cerner l'utilité de la bonne foi, non de révéler ses fondements.

Faut-il alors renoncer face à toutes ces difficultés et face à la difficulté d'adopter une approche adéquate de la question ?

A ce stade du raisonnement, il importe de relever que, comme le signalent de nombreux auteurs, la bonne foi est une notion très ancienne. Datant manifestement du droit romain, elle aurait traversé les siècles. Dès lors, n'est-il pas envisageable de tirer profit des enseignements de l'histoire ? En effet, une méthode de définition des fondements de la bonne foi peut consister à se baser sur les faits historiques. Certes, l'appréciation de ces derniers ne peut être dénuée d'une certaine subjectivité, liée aux qualités de celui qui la réalise. Mais, l'opération de « découverte » des fondements de la bonne foi est largement guidée par la recherche historique.

La définition actuelle des fondements de la bonne foi, envisagée dans l'optique de la recherche d'une unité fondamentale de la bonne foi, peut alors trouver une solide assise dans une étude historique préalable, particulièrement appropriée. En effet, cette étude peut permettre, face au développement remarquable de la bonne foi, de révéler ce à quoi elle correspond intrinsèquement. Menée en conservant à l'esprit la problématique de l'unité fondamentale de la bonne foi, elle est susceptible d'être très instructive, et de déterminer ce qui a façonné la bonne foi, ce qui l'a construite au cours du temps (Première partie). Grâce à ce guide de l'histoire, grâce aux lumières d'une approche historique préalable, il sera alors permis de définir les fondements de la bonne foi tels qu'apparaissant aujourd'hui en droit français des contrats⁵², en s'interrogeant sur la possibilité de déterminer une unité fondamentale de la bonne foi (Deuxième partie).

⁵² Il sera alors apporté une attention particulière à la doctrine juridique française d'aujourd'hui, ainsi qu'aux éléments de droit positif français.

PARTIE 1 : LES ORIGINES HISTORIQUES DE LA BONNE FOI

La bonne foi est une notion ancienne. Or, s'intéresser aux fondements de la bonne foi conduit à s'interroger sur les bases de cette notion, sur ce qui l'inspire et la façonne. Dans cette optique, l'étude de ses origines historiques paraît primordiale.

D'une part, elle permet de comprendre ce qu'est la notion, ce à quoi elle correspond fondamentalement. Il paraît en effet prudent, face au développement de la bonne foi aujourd'hui, face aux débats intenses qu'elle suscite de nos jours, de remonter aux sources de la notion, afin de cerner davantage les enjeux contemporains.

D'autre part, une approche historique constitue un préalable enrichissant, dans le cadre de la problématique que suscite le thème des fondements actuels de la bonne foi. Au cours de son histoire, la bonne foi apparaît-elle liée à une idée, dans la dépendance de laquelle elle se situe et qui pourrait constituer son unique fondement ? Au delà de l'écoulement des siècles et de la diversité des points de vue qui ont pu être portés sur elle, au delà de ses pertes d'influence ou de ses regains d'importance, est-elle demeurée dépendante d'une certaine idée ? En outre, l'histoire de ses manifestations la cantonne t'elle à un rôle dans l'exécution

du contrat, ou répond-elle à des impératifs extérieurs à la matière purement contractuelle, qui justifieraient la généralité de ses applications ? S'est-elle manifestée dans le seul domaine du contrat ? En somme, apparaît-elle comme ancrée dans le champ contractuel ?

L'ensemble de ces interrogations est susceptible de trouver de nombreuses réponses au travers de l'histoire de la bonne foi. En effet, cette dernière est particulièrement longue et particulièrement riche. Les enseignements de l'étude historique, instructifs sur ce qui constitue fondamentalement la bonne foi, pourront alors permettre de guider celui qui entend, aujourd'hui, s'interroger sur l'unité fondamentale de la bonne foi.

L'expression « bonne foi » est en elle-même révélatrice de sa connotation religieuse. Dès lors, il n'y a rien de surprenant à ce que cette notion apparaisse, avant tout, comme d'inspiration religieuse. Bien qu'il s'agisse ici d'évoquer la bonne foi telle qu'elle se manifeste dans le domaine du droit, il apparaît qu'elle ne peut être séparée, de ses origines les plus lointaines jusqu'à la fin du dix-huitième siècle, de considérations d'ordre religieux, d'importance première (Chapitre I.).

Par la suite, elle ne se séparera que progressivement de ce socle religieux. Pour autant, il ne sera plus primordial. Dès lors, du dix-neuvième siècle à la moitié du siècle dernier, il convient d'évoquer les origines laïques de la bonne foi (Chapitre II.).

CHAPITRE I.

LES ORIGINES RELIGIEUSES

DE LA BONNE FOI.

De ses origines les plus lointaines au dix-huitième siècle, la bonne foi apparaît avant tout comme une notion d'inspiration religieuse, quelle que soit la religion.

Les plus lointaines manifestations de la bonne foi peuvent être datées des origines de Rome. La période s'écoulant de ces temps éloignés jusqu'à la fin du dix-huitième siècle apparaît marquée par une césure importante : l'intérêt porté à la notion a connu un renouveau important grâce aux écrits de deux fameux juristes, Domat (1625/1696) et Pothier (1699/1772).

C'est pourquoi il paraît opportun de scinder l'étude en deux phases. La première recouvre une très large période : elle évoque la bonne foi de Rome au dix-septième siècle (Section I.). La seconde réserve une attention particulière aux travaux des deux « pères du Code civil » que sont Domat et Pothier (Section II.).

SECTION I. : LA BONNE FOI DE ROME AU DIX-SEPTIEME SIECLE.

Chez les historiens et les juristes, l'accord semble unanime pour établir que les premières manifestations marquantes de la bonne foi datent des origines de Rome.

Pourtant, un auteur, Volansky,⁵³ date l'avènement de la notion d'une époque antérieure. Il le situe à l'époque primitive. Selon lui, l'idée de bonne foi « se confond avec les origines de la société humaine⁵⁴ ». Les plus primitives manifestations et pratiques sociales à caractère juridique s'inspireraient, selon Volansky, de l'idée de bonne foi. Visant les institutions du *potlach* et du *kula* dans les « tribus sauvages⁵⁵ », l'auteur explique leur inspiration par l'idée de bonne foi. Toutefois, s'il n'est pas possible de contester, faute d'éléments suffisants, la réalité de ces faits, il faut bien relever que la prise de position de Volansky quant aux origines de la bonne foi peut paraître contestable à deux égards : d'une part, il reste extrêmement flou quant à l'identité, ou du moins la localisation de ces « tribus sauvages » et quant à la période concernée ; d'autre part, il n'évoque que « l'idée » de bonne foi, ce qui fait dépendre la réalité de la présence de la notion des manifestations que l'on veut bien faire relever d'elle. C'est pourquoi il paraît plus sûr de dater les origines de la bonne foi de l'époque romaine, où elle apparaît avant tout comme une notion d'inspiration religieuse (§1.).

Quant à la période postérieure à la chute de l'Empire romain d'Occident, les écrits relatifs à la bonne foi sont plus rares, et les enseignements de l'étude de la notion à cette époque pourraient paraître de moindre intérêt. Pourtant, il semble possible de tirer quelques

⁵³ VOLANSKY (A.), *op. cit.*

⁵⁴ *Id.*, p.228.

⁵⁵ *Ibid.*

conclusions significatives des éléments disponibles, tout en relevant qu'avant tout, le sous-entendu religieux de la bonne foi persiste (§2.).

§1. : La bonne foi à Rome.

Chez les historiens et les juristes ayant écrit sur la bonne foi, l'accord semble unanime pour établir qu'elle trouve ses origines les plus fondamentales à Rome sous la forme de la *fides*⁵⁶.

La définition de cette *fides* n'est pas aisée. De l'aveu même d'un auteur, « ce concept fondamental de l'ancienne Rome demeure cependant obscur car chacun des savants auteurs qui en ont traité n'a envisagé qu'un des aspects, qu'une des applications particulières de la bonne foi⁵⁷. ». Toutefois, il semble possible, au travers de différents écrits, d'en retracer la teneur.

⁵⁶ Voir par exemple IMBERT (J.), « De la sociologie au droit : la 'Fides' romaine, in *Droits de l'Antiquité et sociologie juridique, Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris : Sirey, 1959, p.413 ; LE TOURNEAU (P.), *op. cit.*, p.1 ; BAUD (JP.), « La bonne foi depuis le Moyen Age », Conférence à l'Ecole doctorale des Sciences juridiques de l'Université Paris X-Nanterre, disponible sur internet : http://www.balde.net/articles/Baud-Bonne_foi.html, p.1.

⁵⁷ IMBERT (J.), *op. cit.*, p.408.

Pour Volansky, la *fides* « est d'abord l'adoption d'une direction de la vie et c'est ensuite la soumission complète des actes de la vie à ses injonctions ⁵⁸ ». Illustrant sa définition de la notion, l'auteur se réfère aux institutions de la clientèle et du patronat à Rome, caractérisées par un lien de dépendance ⁵⁹. En effet, l'expression indiquant l'état de dépendance et de protection du client est *in fide esse*, et l'acte par lequel le client se met sous la dépendance du patron, ainsi que celui par lequel celui-ci le reçoit, en sa qualité de client, sont désignés respectivement par les expressions *in fidem se dedere* ou *in fidem accipere*. Ces termes sont révélateurs de l'emploi de la notion au sein de ces institutions.

La définition donnée par M.Imbert paraît relativement proche. Pour cet auteur, la *fides* correspond, selon une acception chronologiquement première, à l'abandon total d'une personne à une autre ⁶⁰. Cette notion aurait été présente aussi bien dans le domaine du droit international public que dans celui des rapports entre particuliers, et on s'y serait référé dans les actes les plus solennels comme dans les actes les plus habituels de la vie : mariage, clientèle, tutelle, contrats de société, de mandat, de vente ⁶¹. Ses applications sont donc extrêmement larges. Puis, l'auteur relève qu'avec le temps, la *fides* a pris à Rome, vers le deuxième siècle avant notre ère, le sens de « confiance, de croyance à la parole donnée qui ne suppose plus qu'un engagement intellectuel et non pas personnel ⁶² ». La *fides* implique donc le respect de la parole donnée. L'auteur enseigne ainsi qu'à l'époque classique, le terme originel de *fides* avait pris deux sens : abandon et confiance ⁶³.

Originellement définie de façon unitaire, la *fides* acquiert donc peu à peu une double signification. Il faut d'ailleurs noter qu'il paraît aujourd'hui fréquent de ne retenir que la seconde signification du terme ⁶⁴.

⁵⁸ VOLANSKY (A.), *op. cit.*, p.248.

⁵⁹ *Id.*, p.249.

⁶⁰ IMBERT (J.), *op. cit.*, p.407.

⁶¹ *Id.*, p.411.

⁶² *Id.*, p.413.

⁶³ *Id.*, p.414.

⁶⁴ Voir par exemple LE TOURNEAU (P.), *op. cit.*, p.1, pour lequel la *fides* n'est définie que comme caractérisant le respect des engagements pris.

La *fides*, notion à la source de la bonne foi, implique alors à l'origine la nécessité de respecter la parole donnée. *A posteriori*, ce constat peut être interprété comme traduisant l'unité d'origines de la bonne foi et du principe de respect de la force obligatoire du contrat. Dès lors, à l'origine, bonne foi et force obligatoire se situent au même plan et l'une ne paraît pas supérieure à l'autre.

La *fides* est donc à la source de la bonne foi telle que nous la connaissons aujourd'hui, et notamment dans le droit des contrats. Pourtant, il est primordial de constater qu'elle ne constitue nullement, à l'origine, une notion exclusivement juridique (A.). Ce n'est qu'à partir du deuxième siècle avant J-C, lorsque Rome se développe, que la *fides* s'introduit dans le domaine juridique, via la *bona fides* (B.).

A. La fides, notion d'essence extra-juridique.

Dans les premiers temps de Rome, la *fides* n'apparaît nullement sous un aspect juridique. Elle est avant tout une notion religieuse. Elle est également une notion sociale, mais pas un concept juridique. Même lorsqu'elle permet à l'arbitre de trancher les litiges, elle semble s'opposer au droit tel qu'il était conçu à l'époque.

Les auteurs s'accordent pour en définir les deux aspects principaux de la *fides* : elle est une notion religieuse, d'une part ; une notion sociale, d'autre part.

La *fides* est une notion sociale⁶⁵. En ce sens, elle constitue chez les Romains une des valeurs fondamentales sur lesquelles se fonde la vie en société. L'auteur d'un ouvrage sur les mentalités et les institutions politiques romaines classe ainsi la *fides* parmi les valeurs fondamentales de la Cité. Chez les premiers Romains, il la qualifie de « méta-valeur⁶⁶. » . La *fides* s'inscrit donc au sein des règles de vie en société des Romains, comme en témoigne encore une étude sur les bonnes mœurs à Rome. Selon l'auteur de cette dernière, la *fides*

⁶⁵ Voir notamment IMBERT (J.), *op. cit.*, p.411.

⁶⁶ CIZEK (E.), *Mentalités et institutions politiques romaines*, Paris : Fayard, 1990, p.36.

« était de tout temps au nombre des mœurs de la cité ⁶⁷ ». S'interrogeant sur le contenu des principes de conduite des citoyens à Rome, il énonce qu'il « est d'un Romain de pratiquer la *pietas*, piété envers la patrie, ses parents et ses proches : la *fides*, le respect de la parole donnée ⁶⁸. ». La *fides*, première source historique de la bonne foi, constitue donc en tout premier lieu un principe de conduite en société, une exigence sociale, dépassant le strict domaine du droit. Il faut noter, pour corroborer cette opinion, que la *fides* n'est pas, selon les dires de M.Imbert, précisée par le droit mais par le comportement social habituel : ainsi, par exemple, le patron ou le tuteur ne seront passibles de peines qu'autant qu'ils s'écarteront de l'attitude des autres patrons ou tuteurs généralement admise par la société à laquelle ils appartiennent ⁶⁹.

Toutefois, il convient impérativement d'ajouter que « De même que tous les concepts sociaux fondamentaux, la *fides* est divinisée dès la plus haute antiquité ⁷⁰ ». Ainsi, en tant même que concept social, la *fides* est une notion religieuse. En effet, la *fides* constitue avant tout une notion d'essence religieuse. A Rome, tout concept social fondamental était ainsi divinisé. C'est en ce sens que l'on peut parler d'origine religieuse de la bonne foi. Volansky a d'ailleurs pu parler de « caractère religieux fondamental de la *fides* ⁷¹ ». La *Fides* était donc une déesse, en l'honneur de laquelle un temple avait été érigé au Capitole. Elle était la divinisation d'un caractère propre de Jupiter, qui, parmi ses attributions, était le dieu protecteur des contrats, *Deus fidius*, dieu du serment et de la loyauté ⁷². Cette divinité trouvant son siège dans la main droite, l'engagement placé sous la protection de la déesse se traduisait habituellement dans la remise de la main droite dans la main droite de celui à qui on se confie ⁷³.

⁶⁷ SENN (F.), « Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris : Sirey, 1934, Tome I, p.62.

⁶⁸ SENN (F.), *id.*, p.57.

⁶⁹ IMBERT (J.), *op. cit.*, p.411.

⁷⁰ IMBERT (J.), *id.*, p.408.

⁷¹ VOLANSKY, *op. cit.*, p.248.

⁷² LE TOURNEAU, *op. cit.*, p.2.

⁷³ La présentation de la paume de sa main peut alors être interprétée comme l'engagement selon lequel on ne peut libérer son corps qu'en s'acquittant de son obligation. Voir à ce sujet BAUD (JP), *op. cit.*, p.9.

D'essence socio-religieuse, la *fides* est donc une notion dont la nature traduit des implications bien plus vastes que celles relevant du domaine strictement juridique. Il semble d'ailleurs qu'il faille totalement écarter la possibilité de qualifier la *fides* en concept juridique, du moins dans la conception première de la notion, telle qu'elle est apparue aux origines de Rome. C'est ainsi que M.Imbert a pu s'interroger : « Peut on dire que la *fides* soit alors un concept juridique ? Certainement pas, si l'on prend le mot « droit » en son sens strict : aucune action de la loi ne sanctionne la *fides* en tant que telle, et, dans la mesure où le lien issu de la *fides* est l'objet de la réglementation, c'est par référence aux habitudes sociales⁷⁴. ». La *fides* paraît ainsi extérieure au domaine du droit. En ce sens, deux auteurs ont pu souligner, dans leur ouvrage sur les obligations en droit romain et dans l'Ancien droit français, qu'à Rome, la *fides* imposait le respect des obligations entre voisins sans qu'il soit nécessaire de recourir à une sanction juridique, sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours au droit. La sanction était purement morale⁷⁵, et la *fides* n'évoquait nullement le domaine du droit.

Etrangère à ce domaine, elle l'était même lorsqu'elle intervenait dans le cadre du règlement des litiges. Ainsi, en cas de réel différend entre les parties en matière contractuelle, l'habitude avait été prise de se référer à un arbitre pour trancher le litige. Le rôle de l'arbitre était alors totalement différent de celui du juge : il appréciait les devoirs résultant des actes fiduciaires d'après un triple critère, à tous les stades de l'acte. Quant à la formation de l'acte, il se prononçait *ex fide*. Quant à l'objet et à l'étendue de l'acte, il se prononçait *ex æquo* (en équité). Et, quant à l'exécution de l'acte, il se prononçait *ex fide* et *ex bono*, c'est à dire selon l'usage des bons citoyens. L'arbitre devait se prononcer sur la manière dont les parties doivent remplir les devoirs qui leur incombent en s'inspirant d'un double critère : le débiteur a-t-il agi en loyauté et selon les gens de bien⁷⁶? Cet arbitrage coutumier avait donc établi une série de règles qui formaient l'ensemble des usages normalement suivis par les honnêtes gens, et ces différents termes touchant aux principes moraux et de conscience exprimaient des idées assez opposées à celles qui devaient guider le juge à cette époque, obligé de se conformer strictement aux solennités et rites de l'engagement. Il fallait en effet distinguer entre les notions de *Judicium*, et d'*Arbitrium*. Tout *Judicium* était, par sa nature, *stricti juris*, alors que

⁷⁴ IMBERT (J.), *op. cit.*, p.411.

⁷⁵ LEPOINTE (G.), MONIER (R.), *Les obligations en droit romain et dans l'Ancien droit français*, Paris : Sirey, 1954, p.55.

⁷⁶ *Id.*, p.92.

tout *Arbitrum* était, par sa nature, *bonae fidei*. Ainsi, tout ce qui ne pouvait être constaté, vérifié, reconnu, ne constituait pas un droit proprement dit, et ne pouvait être admis comme tel par la justice. Cela ne pouvait que, tout au plus, donner lieu à un renvoi devant un arbitre⁷⁷. Donc, même en cas de litige, la *fides* apparaissait dans un domaine considéré comme extra juridique, puisque l'arbitre, se référant à la *bonae fidei*, à l'opposé du juge, ne se référait pas au droit, mais aux principes moraux.

Ainsi, la *fides*, origine primitive de la bonne foi, se situe avant tout hors du domaine du droit. Ce n'est qu'à partir du deuxième siècle avant JC que la notion se renouvelle.

B. Les implications juridiques de la *fides*.

Parallèlement à la persistance de la notion de *fides* à Rome, en dehors du domaine strictement juridique, se développe, à partir du deuxième siècle avant notre ère, un phénomène de renouvellement de la notion de *fides*. Le développement de Rome à cette époque, suite à la transformation de la ville en Etat, à l'intrusion d'étrangers, à l'essor du commerce et des rapports d'affaires, a pour conséquence de transformer les rapports entre individus, si bien que « L'usage des actes fondés sur la *fides* si naturels entre gens qui se connaissent nécessite modification⁷⁸ ». En effet, l'intérêt obscurcit les relations entre les gens, les craintes de malhonnêteté ne sont plus vaines, et les vieilles mœurs de la Cité sont atteintes⁷⁹. Le besoin de morale est alors mis en exergue par les philosophes, et c'est ce qui provoquera l'intervention de l'autorité publique, par l'intermédiaire du prêteur. Ce dernier, s'inspirant sans doute des arbitrages coutumiers, introduit dans le domaine juridique l'obligation du respect de la conception généreuse de la *fides* : la *bona fides*⁸⁰. Le but est alors d'imprimer à des devoirs d'allure philosophique la précision imposée par les normes juridiques, et de les sanctionner juridiquement.

⁷⁷ DE KELLER (FL), *De la procédure civile et des actions chez les Romains*, 2^{ème} édition traduite de l'allemand par CAPMAS (C.), Paris : Ernest Thorin, 1870, pp.424-425.

⁷⁸ LEPOINTE (G.), MONIER (R.), *op. cit.*, p.83.

⁷⁹ SENN (F.), *op. cit.*, p.56.

⁸⁰ IMBERT (J.), *op. cit.*, p.413.

La *fides* devient ainsi la source des obligations et des contrats de bonne foi(1). Pénétrant dans le droit, elle est d'application tout à fait générale(2). Toutefois, elle ne s'est jamais vraiment dégagée de la *fides* de nature socio-religieuse(3).

1. La *fides*, source des actions et contrats de bonne foi.

Les contrats sanctionnés par la *fides* n'avaient pas besoin d'être coulés dans un moule. Ils étaient dispensés de toute forme, et seront par la suite désignés sous le terme de contrats consensuels. Ces contrats dits de bonne foi, synallagmatiques, sont alors opposés aux contrats dits de droit strict, unilatéraux. Cette distinction correspond à la distinction plus générale entre actions de bonne foi et actions de droit strict. Dans le cadre des actions de droit strict, le juge s'intéressera davantage à la forme, aux paroles prononcées, alors que dans le cadre des actions de bonne foi, se voyant conférer un certain pouvoir d'appréciation, il se référera à la manière d'agir, de procéder en usage entre gens de probes et honnêtes, animés de sentiments droits⁸¹. Cette distinction semble s'être substituée à l'ancienne distinction des *judicia* et des *arbitria*, favorisant l'admission de l'idée générique de *judicium*, avec ses deux espèces *stricti juris* et *bonae fidei*⁸². Selon les termes d'un auteur, la *bona fides* s'oppose au formalisme, et « inaugure un système de conventions basé, non plus sur l'observance rigoureuse de formes déterminées, mais surtout sur le respect des intentions, sur la loyauté et la confiance, en un mot sur des éléments spirituels et moraux⁸³ ».

Le rôle du juge est alors accru. L'auteur d'une thèse récente a mis en lumière le fait que le pouvoir d'appréciation conféré au juge dans le cadre des contrats de bonne foi ne saurait être limité à l'interprétation de la volonté des parties⁸⁴. Le juge était en mesure d'aller au delà de cette dernière, en tenant compte des exigences de la bonne foi, en tenant compte du modèle de l'homme de bien, du *bonus vir* auquel Cicéron fait référence en le définissant comme l'homme qui se rend utile autant qu'il le peut et ne nuit à personne à moins qu'on ne

⁸¹ DE KELLER (FL), *op. cit.*, p.428.

⁸² DE KELLER (FL), *id.*, p.429.

⁸³ GORPHE (F.), *Le principe de la bonne foi*, Thèse Paris, Paris : DALLOZ, 1928, p.10.

⁸⁴ ROMAIN (JF.), *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier, (Fraus omnia corrumpit)*, Thèse Bruxelles, préface de VAN OMMESLAGHE (P.), Bruxelles : BRUYLANT, 2000, pp.40-46.

le provoque injustement⁸⁵. D'ailleurs, c'est aussi Cicéron qui atteste de l'importance de la bonne foi à Rome, puisqu'il en fait le fondement de la justice⁸⁶. En effet, à Rome, l'exigence de bonne foi n'est pas propre à la matière contractuelle.

2. L'extranéité de la bonne foi à la matière purement contractuelle.

Il faut constater que si la bonne foi joue un rôle prépondérant dans la matière des contrats à partir du deuxième siècle avant notre ère, son rôle est loin de se limiter à ce dernier domaine. Ainsi, le comportement général qui est celui du *bonus vir* marque l'ensemble du droit privé⁸⁷. Mais, il faut encore relever que la bonne foi remplit un rôle envers un grand nombre de contrats, que le prêteur romain a sélectionnés, tels que les contrats de vente, de location, de mandat, de fiducie ou encore de société⁸⁸. Il faut enfin noter que, lorsque le juge utilise le concept de bonne foi, il le fait aussi bien quant à la formation du contrat que quant à son exécution au son interprétation⁸⁹. Il faut donc constater la généralité de l'application de la bonne foi en droit romain. C'est la même bonne foi qui va permettre, dans plusieurs domaines, de faire prévaloir le critère d'appréciation du *bonus vir*. C'est un même critère d'appréciation qui va servir dans des domaines différents.

Etant donnée cette importance de la bonne foi en droit romain, il faut se demander dans quelle mesure elle a pu se dégager de la *fides* dans laquelle elle trouve sa source, de cette *fides* de nature socio-religieuse.

3. L'absence de rupture avec la *fides* des origines.

Pour certains, la bonne foi, une fois introduite en droit romain en tant que concept juridique, y aurait acquis un sens tout à fait différent de celui la *fides*. Elle ne serait plus qu'une notion technique, elle aurait pris un sens technique particulier⁹⁰. Pour d'autres, c'est bien la *fides* qui serait entrée dans le droit par l'intermédiaire de la bonne foi. Mais, cette *fides*

⁸⁵ *Id.*, p.32, qui cite Cicéron.

⁸⁶ VOLANSKY (A.), *op. cit.*, p.156, qui fait référence à la pensée de Cicéron.

⁸⁷ ROMAIN (JF.), *op. cit.*, p.32.

⁸⁸ IMBERT (J.), *op. cit.*, p.411.

⁸⁹ ROMAIN (JF.), *op. cit.*, p.36.

⁹⁰ Voir notamment VOLANSKY (A.), *op. cit.*, p.120.

se serait « canalisée » et « laïcisée »⁹¹. Il y aurait donc bien une unité fondamentale de la bonne foi à travers ce concept de *fides*, mais la *fides* aurait toutefois changé en pénétrant dans le droit. Elle n'aurait plus valeur religieuse, et serait devenue une notion strictement juridique.

Pourtant, il est possible de ne pas adhérer totalement à ces opinions. D'une part, il faut en effet relever que la bonne foi, même insérée dans le droit, continue de figurer parmi les bonnes mœurs de la Cité : « Enfin, la bonne foi, la *fides*, la *bona fides*, elle aussi est à compter parmi les bonnes mœurs. Elle était de tous temps au nombre des mœurs de la cité ; elle est aussi au nombre des *boni mores*. Les textes littéraires le disent. Les textes juridiques ne sauraient en parler, sans s'exposer à des répétitions continuelles et à de simples doublets »⁹². Ainsi, non seulement, la bonne foi utilisée dans le droit correspond bien à la *fides*, mais encore, il y a identité entre cette bonne foi juridique et cette bonne foi qui constitue une norme de comportement, un principe de conduite des citoyens. Il n'y aurait donc aucune rupture entre la *fides*, notion sociale et religieuse, et la bonne foi utilisée dans le domaine du droit.

D'autres éléments peuvent confirmer cette interprétation : il est établi que les actions de bonne foi et les contrats de bonne foi offrent au juge la possibilité de trancher le litige par référence au comportement du *bonus vir*, de l'homme de bien. Or, comment cet homme de bien pourrait-il être défini sans référence à une norme de comportement social ? Il s'agit d'un standard de comportement d'un homme vivant en société. La bonne foi utilisée dans le domaine juridique est donc une notion d'inspiration sociale, et ne peut être réduite à une notion de technique juridique. Ses origines extérieures au domaine du droit, et notamment du droit des contrats, perdurent.

A ce titre, il est primordial de constater que la bonne foi n'a pu perdre ses origines religieuses. Elle continue de s'inspirer de considérations extérieures au domaine du droit. Un auteur a ainsi révélé cette « permanence d'un sous-entendu divin de la bonne foi »⁹³. Abordant le thème de la bonne foi depuis le Moyen Age, l'auteur fait également référence à la bonne foi dans l'Antiquité romaine. Il enseigne d'abord que la *fides* n'a jamais cessé d'être

⁹¹ IMBERT (J.), *op. cit.*, p.413.

⁹² SENN (F.), *op. cit.*, p.62.

⁹³ BAUD (JP), *op. cit.*, p.1.

présente dans l'histoire romaine⁹⁴, ce que M.Imbert a également établi⁹⁵. Il affirme encore que « l'Empire d'Occident allait sombrer en ayant gardé intact un temple à la *Fides*⁹⁶ », ce qui traduit la permanence de la conception religieuse de la *fides*. Mais, surtout, il énonce fermement que « Les Romains n'ont jamais distingué pleinement la sévère déesse *Fides* de la *bona fides* des contrats, d'abord parce que le droit romain n'a jamais renié son passé, et aussi parce que la *fides*, en tant que vertu publique, imprégnait trop fortement le civisme romain pour en détacher une espèce à usage contractuel⁹⁷ ». Il est ici primordial de constater que la *fides*, principe de conduite des citoyens, et en tant que tel presque inévitablement hissé au rang de valeur religieuse, ne s'est jamais perdue dans une espèce d'un genre particulier. Fondamentalement, la bonne foi des contrats se fonde dans cette « vertu publique », et, fondamentalement, elle s'inspire de valeurs religieuses.

La bonne foi trouve donc ses sources premières à Rome. Aux origines, la notion répond à des considérations de portée très générale, avant tout religieuses, et donc sociales. Elle n'est pas, fondamentalement, une notion juridique, même lorsqu'elle intervient dans les règlements de litiges. Ce n'est que progressivement qu'elle pénètre dans le droit. Elle innerve alors l'ensemble du droit privé, et n'est donc pas propre à la matière contractuelle. Lorsqu'elle intervient en matière contractuelle, il est important de relever qu'elle intervient à l'égard de l'ensemble de l'acte, de sa formation à son exécution. Toutefois, malgré ses implications juridiques, la bonne foi demeure attachée à un sous-entendu religieux. Ce dernier perdurera dans la période postérieure.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ IMBERT (J.), *op. cit.*, pp.411-412.

⁹⁶ BAUD (JP), *op. cit.*, p.2.

§2. La bonne foi de la fin de Rome au dix-septième siècle.

L'étude recouvre ici une très large période. Cela se justifie d'abord par le fait que la bonne foi semble avoir disparu pendant plusieurs siècles. En outre, les écrits des historiens sont plus rares en ce qui concerne la notion à cette époque. Enfin, cette période de l'histoire de la bonne foi paraît négligée par la doctrine juridique d'aujourd'hui. Dès lors, la matière à examiner paraît de faible importance.

Pourtant, la notion n'a pas disparu : elle est réapparue au onzième siècle, lorsque les Glossateurs redécouvrirent les Compilations de Justinien⁹⁸. Un ouvrage d'histoire du droit atteste bien de la présence de la notion à cette époque⁹⁹. Il est significatif de relever que l'auteur date la disparition de la distinction entre contrats de droit strict et contrats de bonne foi du quatorzième siècle environ¹⁰⁰, ce qui révèle *a contrario* la persistance de la distinction antérieurement. L'auteur révèle aussi l'existence, dès le treizième siècle, de références à la bonne foi dans certains actes notariés, où le notaire constatait que les parties avaient agi *bona fide*.

Il est ainsi envisageable de porter attention à la bonne foi telle qu'elle apparue au cours de la période postérieure à la période romaine. Des quelques études à son sujet, il est possible de tirer quelques conclusions intéressantes.

Tout d'abord, la bonne foi est étrangère à la matière purement contractuelle (A.). Ensuite, son inspiration religieuse perdure (B.).

⁹⁷ *Id.*, p.13.

⁹⁸ *Id.*, p.4.

⁹⁹ DUMAS (A.), *Histoire des obligations dans l'Ancien droit français*, Aix-en-Provence : Publications du centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité romaine, 1972, p.15.

A. L'extranéité de la bonne foi à la matière purement contractuelle.

Le champ d'application de la bonne foi est très vaste à cette époque. M.Baud en relève ainsi les applications, bien entendu dans le domaine des contrats¹⁰¹, mais encore dans la matière du droit immobilier¹⁰², où la notion de possession de bonne foi a paru essentielle. Il en relève encore des utilisations dans ce qu'il dénomme les « couples chrétiens », qu'étaient le couple entre le mari et son épouse, et le couple entre le seigneur et son vassal¹⁰³. L'implication de la bonne foi dans ces couples ne peut se comprendre sans que soit explicité le lien entre chrétienté et bonne foi, à l'époque.

B. La persistance de l'inspiration religieuse de la bonne foi.

Tous les auteurs s'accordent pour énoncer que la bonne foi est d'inspiration religieuse, et plus précisément chrétienne.

M.Baud avance ainsi l'idée de la permanence d'un « sous-entendu divin de la bonne foi, quelle que soit la religion¹⁰⁴ ». Il enseigne que « la bonne foi s'intégrait dans la Foi chrétienne¹⁰⁵ ». En outre, la « bonne foi » de la langue juridique correspondait à la « foi » de l'usage courant¹⁰⁶, ce qui traduisait l'imbrication entre les deux termes.

De même, un auteur explique que c'est la religion chrétienne qui, afin de diriger la conduite individuelle des hommes, aspira à pénétrer le droit séculier par l'influence du droit canonique. C'est ainsi que, répandant le souci de moralité, les canonistes posèrent en règle que toute convention devait s'interpréter en bonne foi¹⁰⁷. Le recul du droit canonique aux quinzième et seizième siècles n'aurait pas empêché la conservation de l'idée issue de ce droit

¹⁰⁰ *Id.*, p.89.

¹⁰¹ BAUD (JP.), *op. cit.*, pp.3-5.

¹⁰² *Id.*, p.3.

¹⁰³ *Id.*, p.6.

¹⁰⁴ *Id.*, p.1.

¹⁰⁵ *Id.*, p.3.

¹⁰⁶ *Id.*, p.13.

¹⁰⁷ DUMAS (A.), *op. cit.*, p.15.

selon laquelle la bonne foi doit être la régulatrice des contrats¹⁰⁸. D'autres travaux historiques permettent encore d'affirmer l'inspiration chrétienne de la bonne foi¹⁰⁹.

De ce constat de l'inspiration chrétienne de la bonne foi, il résulte plusieurs conséquences. En premier lieu, puisque la bonne foi s'intégrait dans la foi chrétienne, ce qui importait en premier lieu était de savoir si l'on adhérait ou pas au monde des fidèles. L'exigence de fidélité entre couples chrétiens, de liberté et de sincérité, traduisait donc une exigence de bonne foi¹¹⁰.

En second lieu, « le consensualisme s'imposait comme la conséquence nécessaire du lien entre la Foi religieuse et la bonne foi qui devait régner dans les contrats. Et c'est dans ce substrat médiéval qu'il faut puiser pour comprendre les victoires parallèles du consensualisme et de la bonne foi¹¹¹. ». La bonne foi impliquait en effet la confiance, la foi entre chrétiens, sans laquelle le consensualisme ne pouvait pas être admis.

La bonne foi restait donc fondamentalement liée à des considérations religieuses.

Ainsi, le parallèle est marquant entre les enseignements de l'étude historique relative à la période romaine et ceux relatifs à la période postérieure. La bonne foi est sensiblement d'inspiration religieuse, et répond en tant que telle à des préoccupations dépassant largement le cadre du droit. En outre, elle s'illustre dans de nombreux domaines, et non seulement dans la matière contractuelle. D'ailleurs, la généralité de son domaine d'application est encore caractéristique au sein même du droit des contrats, puisqu'elle se manifestait à Rome autant quant à la formation de l'acte que quant à son exécution ou son interprétation.

Par la suite, c'est sous l'influence de deux juristes dont la pensée fût marquée de préoccupations religieuses que la bonne foi va connaître une étape importante de son histoire.

¹⁰⁸ *Id.*, p.16.

¹⁰⁹ Voir par exemple ROUSSIER (J.), *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Eglise*, Thèse Paris, Paris : DOMAT-MONTCHRESTIEN, 1933, pp.6-7.

¹¹⁰ BAUD (JP.), *op. cit.*, pp.6-7.

¹¹¹ *Id.*, p.5.

SECTION 2. : DOMAT, POTHIER ET LA BONNE FOI.

Domat et Pothier sont bien souvent présentés comme deux des principaux inspirateurs du Code civil, comme les « pères du Code civil ». Dès lors, il paraît bien naturel de s'attacher à l'étude de leurs travaux, dans la mesure où le Code civil a consacré l'exigence de bonne foi dans les contrats.

Mais, surtout, il faut relever que la bonne foi s'inscrit en bonne place dans leurs écrits, ce qui n'a rien de surprenant dans la mesure où leur réflexion est largement inspirée de considérations morales, et avant tout religieuses. La bonne foi est donc avant tout envisagée chez ces deux éminents juristes comme une notion d'inspiration religieuse.

Bien qu'il existe une continuité certaine dans les pensées de Domat et Pothier, il est préférable d'envisager leurs écrits de façon distincte : il faut aborder les travaux de Domat sur la bonne foi (§1.), puis ceux de Pothier (§2.).

§1. : Domat et la bonne foi.

Domat (Jean) est né en 1625 à Clermont-Ferrand. Il est décédé en 1696 à Paris. Domat fut d'abord avocat du roi au présidial de Clermont-Ferrand, puis s'installa à Paris où Louis XIV le pensionna pour qu'il consacrait tout son temps à la réalisation de son traité, qui paraît en 1689, et s'intitule « Les lois civiles dans leur ordre naturel »¹¹². Il faut noter son amitié avec Blaise Pascal, ainsi que son grand attachement à Louis XIV¹¹³.

¹¹² Nous avons travaillé sur une réédition de l'ouvrage : *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, revue corrigée et augmentée, Paris : Delalain libraire, 1777. Ce grand ouvrage de Domat se divise en trois parties : une préface, le Traité des lois, puis une partie sur les lois civiles dans leur ordre naturel.

¹¹³ Voir pour la biographie de Domat BAUDELOT (B.), *Un grand jurisconsulte du XVIIème siècle : Jean Domat*, Thèse Paris, Paris : Rousseau et Cie, 1938, pp.6 et suivantes ; MALAURIE (P.), *Anthologie de la pensée juridique*, Paris : CUJAS, 1996, pp.81-83.

La méthode de raisonnement suivie par Domat dans son traité est particulièrement intéressante. En effet, Domat veut ordonner le droit de son temps. Pour cette raison, il tient à réaliser une systématisation des règles, et à les ordonnancer. Il veut établir un enchaînement nécessaire des principes, des plus fondamentaux aux plus techniques. Ainsi, la définition d'une règle supérieure à une autre peut être révélatrice des fondements de telle ou telle notion. Il peut dès lors s'avérer très fructueux de rechercher la place qu'occupe la bonne foi dans le système de Domat. En effet, il est possible de lire chez lui¹¹⁴ un encouragement à la découverte des fondements des notions juridiques : pour lui, il faut partir de vérités très simples et élémentaires, car de même qu'en géométrie, « il faut commencer par apprendre que le tout est plus grand qu'aucune de ses parties, que deux grandeurs égales à une moitié sont égales entre elles », de même en droit, « c'est par ces sortes de vérités si simples et si évidentes qu'on vient à la connaissance de celles qui le sont moins, et que pour tout le détail d'une science, il faut les recueillir toutes, et former le corps tout entier, qui doit être composé de leur assemblage ¹¹⁵».

Il paraît important de présenter le système mis en place par Domat, de façon générale (A.), avant d'évoquer plus spécifiquement la place qu'y tient la bonne foi (B.).

A. Le système de Domat.

Les influences de Domat sont nombreuses, et transparaissent dans ses écrits, mais c'est assurément l'inspiration religieuse qui est chez lui essentielle et à la base de son système (1.). A ce titre, il situe la règle d'amour mutuel, issue d'un commandement divin, au fondement de tous les engagements (2.).

1. L'inspiration religieuse fondamentale.

Domat est marqué par le droit romain. Il reconnaît clairement cette source d'inspiration, et évoque parfois les solutions qu'il faisait prévaloir. Ainsi, au sujet de la bonne foi, Domat y fait une référence particulièrement intéressante, dans une note de bas de page. Il relève que « Cette différence entre le plus ou le moins d'étendue de la bonne foi selon les

¹¹⁴ Pour plus de commodité, les citations de l'œuvre de Domat, écrite en ancien français, ont été adaptées à la forme actuelle.

¹¹⁵ DOMAT (J.), *op. cit.*, préface, p.4.

différences de conventions, est le fondement de la distinction qu'on fait dans le droit romain entre les contrats qu'on appelle contrats de bonne foi, et ceux qu'on dit être de Droit étroit. Mais par la nature et par notre usage tout contrat est de bonne foi, en ce qu'il y a toute l'étendue que l'équité peut y demander¹¹⁶ ». Il admet ainsi que la distinction romaine n'a plus cours.

En outre, Domat ne semble pas étranger aux différents courants de pensée qui développent une école du droit naturel¹¹⁷.

Toutefois, c'est bien Dieu, la religion, qui constitue le pilier du système philosophique de Domat¹¹⁸. L'objectif de Domat a ainsi été d'introduire « le Dieu de Jésus Christ au sein de la vie sociale et de l'organisation des collectivités¹¹⁹ ». Selon Domat, on ne peut parvenir à dégager l'esprit du droit si on n'est pas chrétien. Dès lors, les Romains n'ont pu dégager les principes de droit que parce qu'ils ont été gravés par Dieu dans la conscience de chaque homme. Domat veut donc parvenir à la construction d'un ensemble de droit chrétien, mais par une méthode rationnelle, d'influence très cartésienne.

Chrétien, Domat est également janséniste, ce qui a certainement marqué ses écrits. Les jansénistes considèrent que la Justice doit être révélée par Dieu, ce qui explique certainement que le système de Domat soit issu d'un commandement divin. Un auteur¹²⁰ a pu écrire de la morale janséniste appliquée au droit privé, qu'elle véhiculait des idées d'inutilité du droit dans le monde juste, une haute conception du rôle du juge, ainsi que la condamnation de l'acte illicite ou immoral, et l'exigence d'honneur dans le procès.

L'inspiration religieuse est ainsi primordiale chez lui. Cela transparaît nettement dans les prémices de son raisonnement.

Domat établit deux lois naturelles fondamentales à la base de son raisonnement. La première loi commande à l'homme l'amour de Dieu et du souverain bien. Cette première loi

¹¹⁶ *Id.*, p.26.

¹¹⁷ Voir à ce sujet ARNAUD (AJ), *Les origines doctrinales du Code civil français*, Thèse, préface de VILLEY (M.), Paris : LGDJ, 1969, p.109.

¹¹⁸ BAUDELLOT (B.), *op. cit.*, pp.2-3.

¹¹⁹ VOELTZEL (RF.), *Jean Domat*, Thèse Strasbourg, Paris : SIREY, 1936, p.4.

¹²⁰ ARNAUD (AJ), *op. cit.*, p.108.

est à l'origine de toutes les autres. La seconde loi découle de la première : « C'est cette première loi qui est le fondement, et le principe de toutes les autres. Car cette loi qui commande à l'homme la recherche et l'amour du souverain bien, étant commune à tous les hommes, elle en renferme une seconde, qui les oblige à s'unir, et s'aimer entre eux¹²¹ ».

Les deux principes à l'origine des autres lois sont d'inspiration très clairement religieuse. Ils sont issus de commandements divins, comme l'a exprimé un auteur : « c'est Dieu qui a « commandé aux hommes de s'aimer les uns les autres et de ce commandement toutes les lois sont nées¹²² ». En outre, ils correspondent en tous points à la définition théologique de la charité, qui est l'Amour de Dieu et du prochain. Jésus Christ aurait dit « Aimez vous les uns les autres », l'Eglise a répété « Tu aimeras ton prochain comme toi même pour l'Amour de Dieu ». Tout le raisonnement de Domat est issu de préoccupations religieuses. La religion se situe au premier plan. Dès lors, c'est la règle d'amour mutuel, conséquence de la première règle, qui sera à la base de tous les engagements.

2. La règle d'amour mutuel au fondement de tous les engagements.

Après avoir énoncé les deux premières lois, Domat distingue les deux types d'engagements qui existent entre les hommes. Il existe d'abord les engagements résultant des liens de famille, du mariage ou de la naissance. Il existe ensuite les engagements extra familiaux, qu'il est possible de classer en deux catégories : les engagements volontaires et les engagements involontaires. Parmi les engagements volontaires, existent les engagements synallagmatiques lorsque deux ou plusieurs volontés concordantes doivent se manifester, et les engagements unilatéraux lorsqu'une seule volonté suffit à faire naître l'engagement. Pour Domat, la seconde loi qui prescrit l'amour mutuel entre les hommes régit tous les engagements, quels qu'ils soient : « Et il est vrai que c'est le commandement d'aimer qui est le principe de toutes les règles des engagements¹²³ ».

Pour Domat, c'est l'interdépendance sociale des hommes qui doit favoriser l'éclosion de l'amour mutuel entre les hommes. M.Baudelot a mis en lumière le fait que Dieu n'a pas mis tout de suite les hommes en possession du souverain Bien, mais qu'il les a, selon les

¹²¹ DOMAT (J.), *op. cit.*, Traité des lois, p.2.

¹²² BAUDELLOT (B.), *op. cit.*, p.2.

¹²³ DOMAT (J.), *op. cit.*, Traité des lois, p.2.

termes de Domat, « mis dans cette vie comme dans une voie pour y parvenir ». C'est donc Dieu qui donne aux hommes, de différentes façons, le besoin de sociabilité et rend la société essentielle à leur nature¹²⁴. La société n'est pour Domat qu'une invitation à l'amour mutuel : « On voit dans toutes sortes d'engagements, et dans tous les autres qu'on saurait penser, que Dieu ne les forme, et n'y met les hommes, que pour les lier à l'exercice de l'amour mutuel¹²⁵ ». La société a été bâtie de telle façon que nul ne peut se passer de son semblable et cette interdépendance doit favoriser l'éclosion de l'amour mutuel¹²⁶. Ainsi, le déchaînement des forces de la nature crée le besoin de solidarité entre les hommes. L'interdépendance économique des hommes crée de même le besoin d'amour mutuel. C'est ainsi que les hommes respecteront la seconde loi, dans tous leurs engagements.

De cette règle d'amour mutuel des hommes, découlent dans le système de Domat les règles applicables à tous les engagements, aussi bien involontaires que volontaires, conventionnels ou non. En ce sens, il énonce « que tous les différents devoirs que prescrivent les engagements, ne sont autre chose que les divers effets que doit produire cet amour, selon les conjonctures, et les circonstances. Ainsi en général les règles qui commandent de rendre à chacun ce qui lui appartient, de ne faire de tort à personne, de garder toujours la fidélité et la sincérité et les autres semblables, ne commandent que des effets de l'amour mutuel. Car aimer, c'est vouloir et faire du bien ; et on n'aime point ceux à qui on fait quelque tort, ni ceux à qui on n'est pas fidèle et sincère.¹²⁷ ».

Comment se situe la bonne foi dans ce système fondé sur la règle d'amour mutuel entre les hommes ?

B. La bonne foi dans le système de Domat.

Dans le système de Domat, la bonne foi constitue une conséquence directe de la règle d'amour mutuel entre les hommes (1.). Cela révèle qu'elle constitue pour lui une règle de grande importance (2.). Cela permet aussi d'éclairer la question de la nécessité d'une réciprocité dans le comportement du partenaire de celui qui est de bonne foi (3.).

¹²⁴ BAUDELLOT (B.), *op. cit.*, p.70.

¹²⁵ DOMAT (J.), *op. cit.*, Traité des lois, p.6.

¹²⁶ BAUDELLOT (B.), *op. cit.*, p.3.

¹²⁷ *Ibid.*

1. La bonne foi, conséquence directe de la règle d'amour mutuel.

Au chapitre V du traité des lois, Domat énonce les grands principes qui gouvernent les engagements entre les hommes, et qui découlent de la règle d'amour mutuel¹²⁸. Quatre principes paraissent essentiels et évoquent des principes largement reconnus aujourd'hui.

Selon un premier principe, « Tout homme étant un membre du corps de la société doit y remplir ses devoirs, et ses fonctions, selon qu'il y est déterminé par le rang qu'il occupe, et par ses autres engagements. D'où il suit, que les engagements de chacun sont comme ses lois propres¹²⁹ ». Comment ne pas voir dans cette formule l'énoncé du principe affiché à l'article 1134, alinéa premier du Code civil, selon lequel les conventions tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites ? Il n'est guère possible, dès lors, de douter de l'influence de Domat sur les rédacteurs du Code civil.

Selon un second principe, « dans les engagements volontaires, ceux qui traitent ensemble se doivent la sincérité, pour ce faire entendre réciproquement à quoi ils s'engagent, la fidélité pour l'exécuter, et tout ce que peuvent demander les suites des engagements où ils sont entrés. Ainsi le vendeur doit déclarer sincèrement les qualités de la chose qu'il vend, il doit la conserver jusqu'à ce qu'il la délivre, et il doit la garantir après qu'il l'a délivrée¹³⁰. ». De la règle d'amour mutuel, découlent donc des exigences de sincérité et de fidélité envers l'autre partenaire, qui évoquent l'exigence de bonne foi telle que perçue aujourd'hui. De même, les contractants s'engagent à toutes les suites des conventions. La formule rappelle alors celle utilisée à l'article 1135 du Code civil, selon laquelle les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

Domat énonce encore un troisième principe, selon lequel, « dans tous les engagements de personne à personne, soit volontaires ou involontaires, qui peuvent être des matières des Lois civiles, on se doit réciproquement ce que demande les deux préceptes que renferme la seconde loi, l'un de faire aux autres ce que nous voudrions qu'ils fissent pour nous, et l'autre de ne faire à personne ce que nous ne voudrions pas que d'autres nous fissent. Ce qui

¹²⁸ *Id.*, p.7.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.*

comprend la règle de ne faire de tort à personne, et celle de rendre à chacun ce qui lui appartient¹³¹. ». Ce principe, qui contient un aspect positif et un aspect négatif, semble traduire une exigence de prise en compte des intérêts de l'autre. Il est susceptible, par sa généralité, d'expliquer un grand nombre d'autres principes juridiques.

Enfin, un quatrième principe paraît encore essentiel : « en toute sorte d'engagements, soit volontaires, soit involontaires, il est défendu d'user d'infidélité, de duplicité, de dol, de mauvaise foi, et de toute autre manière de nuire ou de faire du tort¹³². ». Ce sont donc des exigences proches de celles que l'on regroupe aujourd'hui sous le terme de bonne foi qui semblent résulter de ce principe et découler de la règle d'amour mutuel entre les hommes.

La règle de bonne foi semble donc présente comme une conséquence directe de la règle d'amour mutuel, puisqu'il est possible de lire des références indirectes à cette notion parmi ces principes premiers, issus de la règle d'amour mutuel. Il est possible de tenter une synthèse des manifestations de la bonne foi telles qu'entrevues par Domat, autour de deux idées : la bonne foi présenterait un aspect négatif, en interdisant la duplicité, le dol, la mauvaise foi ; elle présenterait un aspect positif, en fondant des exigences de fidélité et de sincérité.

La bonne foi est ainsi envisagée comme une conséquence directe de la règle d'amour mutuel entre les hommes. Il en résulte qu'elle constitue pour Domat une règle de grande importance.

2. L'importance de la notion de bonne foi.

Si toutes les règles applicables aux engagements résultent de la règle d'amour mutuel entre les hommes, elles sont d'autant plus importantes qu'elles constituent une conséquence directe de la règle d'amour mutuel entre les hommes. La bonne foi est ainsi placée par Domat au rang de règle de grande importance.

En ce sens, il énonce que « Les lois sont plus générales à mesure qu'elles approchent plus des premières, et à proportion qu'elles descendent dans le détail, elles le sont moins.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*

Ainsi quelques unes sont communes à toute sorte de matière, comme celles qui ordonnent la bonne foi, et qui défendent le dol et la fraude, et autres semblables. D'autres sont communes à plusieurs matières, mais non pas à toutes : ainsi cette règle, que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les font, convient aux ventes, échanges, louages, transactions, et à toutes les autres espèces de conventions ; mais n'a pas de rapport à la matière des tutelles, ni à celle des prescriptions¹³³ ».

Il faut, ici, faire quelques remarques importantes : d'une part, la bonne foi est, chez Domat, un principe d'une grande généralité. Ainsi, s'appliquant à toutes sortes de matières, elle paraît concerner autant les engagements contractuels que les engagements extra contractuels. En ce qui concerne la seule matière contractuelle, il semble que, pour Domat, la bonne foi concerne autant la formation que l'exécution et l'interprétation des conventions : « Il n'y a aucune espèce de 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, tant dans la manière de s'exprimer dans la convention, que pour l'exécution de ce qui est convenu, et de toutes les suites. Et quoiqu'en quelques conventions cette bonne foi ait plus d'étendue, et en d'autres moins ; elle doit être entière en toutes, et chacun est obligé à tout ce qu'elle demande, selon la nature de la convention, et les suites qu'elle peut avoir¹³⁴. » Pour Domat, la bonne foi semble donc fondamentalement unitaire. C'est fondamentalement la même idée qui va connaître une multitude d'applications, et se répandre.

D'autre part, comme l'a fait remarquer un auteur¹³⁵, l'extension du principe de bonne foi est chez Domat plus importante que l'extension du principe selon lequel les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

L'importance et la généralité de la notion de bonne foi sont telles pour Domat qu'il l'étend aux tiers au contrat : « La bonne foi nécessaire dans les conventions, n'est pas bornée à ce qui regarde les contractants ; ils la doivent aussi à tous ceux qui peuvent avoir un intérêt à ce qui se passe entre eux, dans le contrat¹³⁶. ».

¹³³ *Id.*, p.25.

¹³⁴ *Id.*, Les lois civiles dans leur ordre naturel, p.26.

¹³⁵ ROMAIN (JF.), *op. cit.*, p.25.

¹³⁶ DOMAT (J.), *op. cit.*, Les lois civiles dans leur ordre naturel, p.26.

Mais, il est important de noter que Domat tempère immédiatement l'application qui doit être faite de la bonne foi : « Les manières dont chacun ménage ses intérêts lors de la convention, et la résistance de l'un aux prétentions de l'autre dans l'étendue de ce qui est incertain et arbitraire et qu'il faut régler, n'ont rien de contraire à la bonne foi¹³⁷. ». La bonne foi ne s'oppose donc pas à ce que chacun préserve ses intérêts légitimes.

Cette nuance ne doit pas occulter l'importance de la bonne foi, basée sur la règle d'amour mutuel entre les hommes. Mais, il convient de préciser la notion : implique t'elle une réciprocité dans le comportement ? Chez Domat, la bonne foi suppose t'elle la réciprocité, un sujet doit il être de bonne foi lorsque le sujet avec lequel il est en relation ne l'est pas ?

3. Bonne foi et réciprocité.

Tentant de synthétiser la pensée de Domat relative à la bonne foi, un auteur a proposé de présenter le raisonnement comme articulé autour de la prise en compte de la relation de respect mutuel entre sujets de bonne foi, qui serait basée sur la réciprocité¹³⁸. En effet, Domat, lorsqu'il énonce les grands principes applicables aux engagements entre les hommes, fait effectivement référence à la notion de réciprocité. Toutefois, il faut se demander si ce terme vise la simple potentialité de réciprocité ou si elle vise une réciprocité effective.

En réalité, il ne faut pas oublier que Domat amorce son raisonnement à partir de la règle de l'amour mutuel entre les hommes. Or, cette idée de charité ne paraît pas impliquer la réciprocité effective. Certes, chacun doit potentiellement aimer son prochain, et lui apporter son aide. Mais, il faut prêter attention à ces quelques lignes de Domat. Après avoir énoncé qu'il « est vrai que c'est le commandement d'aimer qui est le principe de toutes les règles des engagements, et que l'esprit de ces règles n'est autre chose que l'ordre de l'amour que l'on se doit réciproquement¹³⁹ ; », il écrit que « c'est par cette raison que comme ce commandement est indépendant du mérite de ceux que l'on doit aimer, et qu'il n'excepte qui que ce soit, il oblige d'aimer ceux qui sont le moins aimables, et ceux même qui nous haïssent. Car la loi

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ ROMAIN (JF), *op. cit.*, pp.49-52.

¹³⁹ DOMAT (J.), *op. cit.*, Traité des lois, p.6.

qu'ils violent subsiste pour nous, et nous devons souhaiter leur vrai bien, et le procurer, autant que l'espérance de les ramener à leur devoir, pour ne pas violer le nôtre¹⁴⁰. ». Il semble bien que ces quelques lignes apportent une nette réponse à la question posée. Potentiellement, chacun doit apporter à l'autre son amour. Mais, quand bien même l'autre ne donnerait pas son amour, quand bien même il n'y aurait pas de réciprocité, le commandement divin impose de l'aimer. La réciprocité n'a donc pas à être effective, et cela résulte de la règle même d'amour mutuel.

Ainsi, cette dernière est au centre du raisonnement de Domat. Pour lui, la bonne foi en dérive, elle résulte d'un commandement divin, de considérations religieuses extérieures au domaine purement juridique. En outre, elle est pour lui une notion de grande importance, son domaine d'application est très général. Elle n'est pas dépendante de la matière purement contractuelle, ni du principe de force obligatoire du contrat, s'applique aussi bien aux engagements contractuels qu'extra contractuels, autant lors de la formation du contrat que lors de son exécution ou de son interprétation.

Les travaux de Domat devraient logiquement trouver de larges échos dans la pensée de Pothier, puisque ce dernier est souvent présenté comme s'inscrivant dans la continuité de la pensée de son prédécesseur.

§2. Pothier et la bonne foi.

Robert-Joseph Pothier est né en 1699, et mort en 1772. Il fut professeur à l'Université d'Orléans et conseiller au Présidial de cette ville¹⁴¹.

Il est légitime de s'attacher à l'étude de ses écrits, dans la mesure où il apparaît, à de nombreux égards, comme le continuateur de l'œuvre de Domat. A ce titre, il est intéressant de

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Voir pour la biographie de Pothier MALAURIE (P.), *op. cit.*, *supra* notre note n°113, pp.102-103.

constater que D'Aguesseau (1668/1751), avocat général au Châtelet, puis chancelier de France, fut le « trait d'union » entre ces deux auteurs, puisqu'il fut ami avec chacun d'eux¹⁴². Un auteur a insisté sur l'influence exercée par Domat sur le chancelier, chez lequel on retrouve une conception moraliste du droit¹⁴³ : « Tous les devoirs réciproques de l'homme à l'égard de l'homme, se réduisent à ces deux grandes règles, où se trouve tout ce qui est nécessaire pour la perfection, et pour le bonheur, soit de chaque homme, considéré séparément, soit de la société entière du genre humain : la première, que je ne dois jamais faire aux autres ce que je ne voudrais pas qu'ils fissent contre moi ; la seconde, que je dois pareillement agir pour leur avantage, ainsi que je désire qu'ils agissent toujours pour le mien¹⁴⁴. ». D'Aguesseau paraît avoir été, entre Domat et Pothier, le véhicule de la pensée janséniste appliquée au droit¹⁴⁵. Et, il faut en effet constater que Pothier était aussi janséniste. D'ailleurs, les influences de Pothier semblent assez similaires de celles de Domat : outre la marque de la pensée janséniste, Pothier est sous l'influence du droit romain. Mais, il est aussi fortement marqué par les principes jusnaturalistes rationalistes modernes, comme l'a mis en évidence M. Arnaud¹⁴⁶, ce qui se confirme lorsque l'on note les nombreuses références de Pothier à la loi naturelle et à l'équité. Dans le même temps, Pothier possédait une excellente connaissance des ouvrages de la doctrine traditionnelle¹⁴⁷.

Toutefois, il est possible de noter certaines différences entre la pensée de Domat et celle de Pothier. Ainsi, chez Pothier, la place consacrée aux enseignements de la religion peut paraître moindre. Sa pensée apparaît beaucoup plus pragmatique que celle de Domat, et les illustrations pratiques sont nombreuses.

Mais, au-delà, il apparaît que, comme Domat, Pothier consacre dans son « Traité des obligations », publié en 1761, et dans son « Traité du contrat de vente », d'importants développements à la bonne foi.

¹⁴² Voir *id.*, pp.88-89, pour la biographie de D'Aguesseau.

¹⁴³ ARNAUD (AJ), *op. cit.*, p.109, qui cite D'Aguesseau.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Id.*, p.110.

¹⁴⁶ *Id.*, p.111.

¹⁴⁷ *Ibid.*

De la même façon que Domat, il attribue à la bonne foi un large champ d'application, puisqu'elle s'étend de la formation du contrat (notamment au travers de la répression du dol) à son exécution¹⁴⁸.

Mais, surtout, il faut constater que, de façon similaire à Domat, Pothier établit le lien entre la bonne foi et la règle d'inspiration religieuse d'amour mutuel entre les hommes, qu'il met en relation de façon évidente avec la nécessité de prendre en compte les intérêts d'autrui (A), ce qui permet d'éclairer, *a posteriori*, la pensée de Domat (B).

A. Bonne foi, amour mutuel et prise en considération des intérêts d'autrui.

Dans les écrits de Pothier¹⁴⁹, la bonne foi est mise en relation de façon évidente avec la règle d'inspiration religieuse de l'amour mutuel entre les hommes : « Dans le for intérieur, on doit regarder comme contraire à cette bonne foi, tout ce qui s'écarte tant soit peu de la sincérité la plus exacte et la plus scrupuleuse : la seule dissimulation sur ce qui concerne la clause qui fait l'objet du marché, et que la partie avec qui je contracte aurait intérêt de savoir, est contraire à cette bonne foi ; car puisqu'il nous est commandé d'aimer notre prochain autant que nous même, il ne peut nous être permis de lui rien cacher de ce que nous n'aurions pas voulu qu'on nous cachât, si nous eussions été à sa place¹⁵⁰. ». Ici, l'exigence de bonne foi est directement inspirée par la règle de l'amour mutuel, et plus précisément, par la prise en considération des intérêts de l'autre. Ainsi, il semble que Pothier se réfère directement à la règle selon laquelle il ne faut pas faire à autrui ce que l'on n'aurait pas voulu qu'il nous fasse. Il faut prendre en considération les intérêts d'autrui.

Les nombreuses références opérées par Pothier à la bonne foi, dans des cas très concrets, semblent toutes trahir cette idée de prise en compte des intérêts d'autrui, fondée sur la règle de l'amour mutuel entre les hommes. En ce sens, par exemple, Pothier a pu écrire : « Quoique, dans plusieurs affaires de la société civile, les règles de la bonne foi se bornent à nous défendre de mentir, et nous permettent de ne pas découvrir aux autres ce qu'ils auraient

¹⁴⁸ Voir pour ce constat ROMAIN (JF.), *op. cit.*, p.70.

¹⁴⁹ Pour les citations de ces écrits, il sera fait référence à l'œuvre de M.Bugnet, que nous avons utilisée, et qui reprend le texte de l'œuvre de Pothier : BUGNET (M.), *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, Paris : Cosse, Delamotte, Videcoq, Tome II, 1848, Tome III, 1847.

¹⁵⁰ Voir BUGNET (M.), *op. cit.*, Tome II, Traité des obligations, pp.19-20.

intérêt de savoir, lorsque nous avons un égal intérêt de ne pas leur découvrir ; néanmoins dans les contrats intéressés, du nombre desquels est le contrat de vente, la bonne foi ne défend pas seulement tout mensonge, mais toute réticence de tout ce que celui avec lequel nous contractons, a intérêt de savoir, touchant la chose, qui fait l'objet du contrat. La raison est que la justice et l'équité, dans ces contrats, consiste dans l'égalité. Tout ce qui tend à la blesser est donc contraire à l'équité. Il est évident que toute réticence de la part de l'un des contractants, de tout ce que l'autre aurait intérêt de savoir, touchant la chose, qui fait l'objet d'un contrat, blesse cette égalité : car, dès que l'un a plus de connaissance que l'autre touchant cette chose, il a plus d'avantage que l'autre à contracter ; il sait mieux ce qu'il fait que l'autre, et par conséquent l'égalité ne se trouve plus dans le contrat. En faisant application de ces principes au contrat de vente, il s'ensuit que le vendeur est obligé de déclarer tout ce qu'il sait, touchant la chose vendue, à l'acheteur, qui a intérêt de le savoir ; et qu'il pêche contre la bonne foi qui doit régner dans ce contrat, lorsqu'il lui en dissimule quelque chose¹⁵¹. ». La référence à ce que le cocontractant a intérêt de savoir est parlante : la bonne foi se fonde ici sur l'idée qu'il faut prendre en compte les intérêts d'autrui. Il faut révéler à l'autre partie ce qu'elle a intérêt de savoir, il faut prendre en compte ses intérêts, puisque nous lui devons l'amour.

Un autre passage est tout à fait éclairant à ce sujet : « l'union qui doit être entre les hommes, l'amour que nous devons avoir les uns pour les autres, ne nous permet point de préférer notre intérêt particulier à l'intérêt des autres : d'où il suit que, quoiqu'on puisse taire certaines choses par prudence, on ne peut néanmoins taire pour son profit ce que ceux avec lesquels nous contractons, ont intérêt de savoir¹⁵². ».

Dés lors, il apparaît nettement que si Pothier met la bonne foi en relation avec la règle d'amour mutuel entre les hommes, il précise cette dernière, en indiquant qu'elle implique de prendre en compte les intérêts de l'autre. Suite à ces constats, il est particulièrement intéressant d'effectuer le rapprochement entre la pensée de Pothier et celle de Domat.

B. Rapprochement avec Domat.

La règle d'amour entre les hommes commande de prendre en compte les intérêts d'autrui. Voici donc éclairée la pensée de Domat, qui avait fondé la bonne foi sur la règle

¹⁵¹ *Id.*, Tome III, Traité du contrat de vente, pp.94-95.

¹⁵² *Id.*, Tome III, Traité du contrat de vente, p.97.

d'amour mutuel entre les hommes. Pothier semble préciser cette pensée : le commandement d'amour implique la prise en compte des intérêts d'autrui, ce qui fonde l'exigence de bonne foi. *A posteriori*, ces considérations éclairent celles de Domat, lorsque ce dernier enseignait qu'il résultait de la règle d'amour mutuel des exigences de sincérité, de fidélité, l'interdiction de la duplicité, du dol, de la mauvaise foi. Il semble bien possible d'expliquer ces exigences relatives à la bonne foi par le devoir de prendre en compte les intérêts d'autrui, aussi bien positivement, (en adoptant un certain comportement, en étant sincère, fidèle) que négativement (en s'abstenant d'un certain comportement, de dol, de mauvaise foi).

Le rapprochement entre Domat et Pothier permet donc de cerner avec une certaine précision les fondements de la bonne foi, qui découlerait fondamentalement du commandement divin d'amour mutuel entre les hommes, ce dernier impliquant la prise en compte, aussi bien positivement (en adoptant un certain comportement) que négativement (en s'abstenant d'un certain comportement) des intérêts d'autrui. Cette exigence de prise en compte des intérêts d'autrui s'inscrit parfaitement dans la philosophie de Domat, de D'Aguesseau et de Pothier. En effet, Domat et D'Aguesseau n'ont-ils pas affirmé que tous les engagements humains devaient être régis par la règle selon laquelle il faut faire à autrui ce qu'on aurait voulu qu'il fasse pour nous, et ne pas faire à autrui ce que l'on n'aurait pas voulu qu'il nous fasse ? De même, Pothier se réfère également à cette règle lorsqu'il affirme qu'il « ne peut nous être permis de lui rien cacher de ce que nous n'aurions pas voulu qu'on nous cachât, si nous eussions été à sa place¹⁵³. ».

Il apparaît donc que la réflexion sur la notion de bonne foi a connu une évolution importante sous l'influence de Domat et de Pothier.

Finalement, au regard de cette incursion dans les origines religieuses de la bonne foi, il semble que le cours des siècles n'affecte pas les traits caractéristiques de la notion de bonne foi. En effet, il paraît possible, au travers des époques, de dégager plusieurs enseignements. Tout d'abord, la notion de bonne foi s'inspire toujours de considérations religieuses, de portée générale. En tant que telle, elle ne répond pas à des nécessités spécifiquement liées au

¹⁵³ *Id.*, Tome II, Traité des obligations, p.19.

domaine du droit. Ensuite, au cours de l'histoire, la bonne foi apparaît comme une notion dont le champ d'application est très général. En outre, de Rome au dix-huitième siècle, elle est envisagée comme jouant un rôle aussi bien quant à la formation du contrat que quant à son exécution ou son interprétation. Enfin, la bonne foi semble mise en relation avec la règle d'amour mutuel, qui implique de prendre en considération les intérêts d'autrui.

Faut-il établir un lien entre ces considérations et le caractère religieux des origines de la bonne foi qui marque cette période ? En d'autres termes, les enseignements issus de l'étude historique qui vient d'être menée sont-ils spécifiques à la période concernée, où trouvent-ils un prolongement par la suite, alors que la bonne foi semble se détacher de son socle religieux ?

CHAPITRE II.

LES ORIGINES LAIQUES DE LA BONNE FOI.

A partir du début du dix-neuvième siècle, la bonne foi semble s'affranchir de ses origines religieuses.

C'est au cours des travaux préparatoires du Code civil qu'apparaît d'abord ce phénomène de détachement d'une inspiration purement religieuse. Certes, la pensée des auteurs du Code civil est encore marquée d'une empreinte religieuse, mais cette dernière ne semble plus prédominante.

Au-delà de cette évolution dans la perception de la bonne foi, l'étude des travaux de préparation du Code civil pourrait se révéler très instructive. En effet, il n'est pas possible d'ignorer que le Code Napoléon, qui constitue, aujourd'hui encore, le socle de notre législation, consacre l'exigence de bonne foi dans les contrats. En particulier, l'article 1134, alinéa 3 énonce que les conventions doivent être exécutées de bonne foi. La redécouverte

contemporaine de cet article invite alors à remonter à ses sources les plus directes, dont les travaux préparatoires du Code civil sont assurément les meilleurs témoins (Section I.).

Par la suite, il peut paraître intéressant de se pencher sur les écrits doctrinaux postérieurs au Code civil. En effet, la doctrine ne se fait-elle pas l'écho des idées de son temps ? L'analyse de la réception doctrinale de la bonne foi au cours du dix-neuvième siècle et de la première moitié du vingtième siècle¹⁵⁴ peut ainsi permettre de retracer l'évolution de la notion après le Code civil, en révélant ses pertes ou ses regains d'importance, et en insistant sur la façon dont elle a pu être envisagée par des auteurs dont les écrits, pour ne paraissent pas prioritairement influencés par des considérations religieuses (Section II.).

SECTION I. : LA BONNE FOI DANS LES TRAVAUX PREPARATOIRES DU CODE CIVIL.

A la lecture des travaux préparatoires du Code civil¹⁵⁵, il est un premier constat à opérer : les débats relatifs à la notion de bonne foi et à la nécessité de son exigence sont quasiment inexistantes. En effet, l'article 1134, alinéa 3 du Code civil n'a pas donné lieu à de réelles discussions, et une réflexion sur les fondements de la bonne foi n'aurait donc pas eu lieu. Mais, il convient de s'interroger sur la portée réelle d'un tel mutisme. Cela signifie t'il que les auteurs du Code jugeaient cette disposition de peu d'importance (§1.) ? En tout état de cause, la bonne foi n'est pas totalement ignorée, et les quelques références faites à la notion paraissent significatives à de nombreux égards (§2.).

§1. : Explication de la brièveté des développements relatifs à la bonne foi.

¹⁵⁴ Dans le cadre d'une étude historique, il nous a paru souhaitable de ne porter attention qu'aux travaux antérieurs à la moitié du siècle dernier.

¹⁵⁵ Nous avons utilisé pour cette lecture l'ouvrage de FENET (AP.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, réimpression de l'édition de 1827, Osnabrück : Otto Zeller, 1968, Tomes I, II, XIII.

La brièveté des débats relatifs à la notion de bonne foi au cours des travaux préparatoires du Code civil révèle-t-elle un manque de considération pour la notion ?

Pour apporter une première réponse, il faut se pencher sur les influences de ceux qui ont précédé à l'adoption du Code. Les différents discours ayant précédé l'adoption du texte du Code civil laissent transparaître plusieurs sources d'inspiration, très nettement.

Tout d'abord, la référence au droit romain est très marquée. Ainsi, Bigot-Préameneu a-t-il pu affirmer qu'on « n'a point entendu arrêter ou détourner la source abondante de richesses que l'on doit toujours aller puiser dans le droit romain¹⁵⁶ ». Il a ajouté qu'elles « seraient bien mal entendues les dispositions du Code civil relatives aux contrats, si on les envisageait autrement que comme des règles élémentaires d'équité dont toutes les ramifications se trouvent dans les lois romaines¹⁵⁷. ». A propos du projet définitif, Bigot-Préameneu a encore énoncé qu'on « a toujours distingué dans les lois romaines celles qui tiennent à la formation, à l'interprétation, à l'exécution des contrats...c'est cette partie de la législation romaine qui, même avec ce défaut, a mérité l'admiration générale et qui a le plus contribué à la civilisation de l'Europe¹⁵⁸. ». L'influence romaine est ici très clairement reconnue, et particulièrement dans le domaine des contrats. Il n'est donc pas possible de ne pas voir dans l'article 1134, alinéa 3 du Code civil une référence à la distinction du droit romain entre contrats de droit strict et contrats de bonne foi. Tous les contrats sont donc de bonne foi, en vertu de cet article. Cette solution ne peut provoquer de longs débats, puisque cette règle est déjà admise de longue date, à l'époque des travaux préparatoires.

De plus, les références à Domat et à Pothier sont nombreuses. Bigot-Préameneu a pu leur rendre hommage : « La France met sous ce rapport au nombre des ouvrages les plus parfaits ceux de Domat et de Pothier¹⁵⁹ ». Le Tribun Mouricault a de même évoqué cette influence : à propos des lois romaines, il énonce ainsi que « Domat les a toutes recueillies dans ses Lois civiles¹⁶⁰ », et que « Pothier, après lui, a rassemblé et commenté les mêmes

¹⁵⁶ Voir FENET (AP.), *op. cit.*, Tome XIII, présentation au corps législatif et exposé des motifs par M. Bigot – Préameneu, p.217.

¹⁵⁷ *Id.*, pp.217-218.

¹⁵⁸ *Id.*, Tome I, exposé de M. Bigot-Préameneu à propos du projet définitif, p.125.

¹⁵⁹ *Id.*, Tome XIII, présentation au corps législatif et exposé des motifs par M. Bigot-Préameneu, p.217.

¹⁶⁰ *Id.*, Tome XIII, Discussion devant le Corps législatif, Discours prononcé par le Tribun Mouricault, p.414.

décisions dans des Traités qui resteront classiques ¹⁶¹». Les écrits de Domat et de Pothier ont donc été largement parcourus par les auteurs du Code civil, et il n'est pas possible de soutenir que les rédacteurs du Code civil n'ont pas adhéré à leur esprit : « c'est dans les ouvrages de ces deux grands hommes que le projet de loi dont je vais vous entretenir a été puisé¹⁶². », a ainsi pu reconnaître le Tribun Favart.

Parallèlement à la reconnaissance de ces deux sources d'influence majeures des auteurs du Code civil, il est frappant de noter qu'il semble s'être établi un réel consensus autour des principes devant guider le domaine du droit des contrats. Le Tribun Mouricault s'est fait le témoin d'un tel état d'adhésion généralisée : « Ce titre, en effet, tient de plus près que tout autre aux principes du droit naturel, et les règles qu'on y a tracées sont la pure expression de ces principes. Aussi ces règles sont elles depuis longtemps et généralement adoptées : et il est bien remarquable qu'au milieu de la discordance de nos lois, de nos coutumes et de nos usages sur tant d'autres objets, toutes les parties de la France n'aient eu, à l'égard des conventions ou des contrats, qu'une doctrine uniforme, et n'aient reconnu qu'un même législateur. Ce législateur, c'est la raison, dont le droit romain, en cette matière surtout, est regardé comme le fidèle organe. Partout ses décisions avaient entraîné l'assentiment, et dispensé la législation moderne de se faire entendre. Domat les a toutes recueillies dans ses lois civiles. Pothier, après lui, a rassemblé et commenté les mêmes décisions¹⁶³. ».

Il existerait donc une réelle continuité des principes devant guider la matière des contrats. Il ne serait pas nécessaire de les discuter à nouveau, puisque les débats à leur sujet ont déjà eu lieu, chez les Romains, puis dans les écrits de Domat et de Pothier. L'absence de discussion marque ainsi une adhésion implicite aux opinions des Romains, de Domat et de Pothier. Dès lors, il semble qu'il existe un nécessaire sous-entendu religieux à certains principes, et notamment à l'exigence de bonne foi, puisque aussi bien à Rome que chez Domat ou Pothier, la bonne foi se fonde sur des considérations religieuses. En témoigne cet extrait de l'exposé de Bigot-Préameneu à propos du projet définitif : « L'Empereur a voulu que l'on conservât dans leur pureté ces règles d'équité qui, de leur nature, et surtout après les avoir dégagées des subtilités scolastiques, ne sont plus que l'expression des sentiments mis

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Id.*, Tome XIII, Rapport du Tribun Favart sur les quatre premiers chapitres du Code, p.312.

¹⁶³ *Id.*, Tome XIII, Discussion devant le Corps législatif, Discours prononcé par le Tribun Mouricault, p.414.

par Dieu même dans le cœur des hommes et doivent, par ce motif, être immuables¹⁶⁴. ». C'est donc Dieu qui met dans le cœur des hommes les sentiments à la base des règles d'équité, ce qui révèle le sous-entendu religieux.

Mais, il existe d'autres fondements reconnus aux principes devant présider aux relations contractuelles : « il n'est besoin, pour régler tous ces rapports, que de se conformer aux principes qui sont dans la raison et dans le cœur de tous les hommes. C'est là, c'est dans l'équité, c'est dans la conscience, que les Romains ont trouvé ce corps de doctrine qui rendra immuable leur législation¹⁶⁵. ». Dans le même sens, le Tribun Favart a pu déclarer que « Dans les parties du Code déjà promulguées, le législateur a pu émettre sa volonté, et sa volonté, qui pouvait être différente, est devenue loi générale. Mais dans la partie qui traite des contrats et des obligations conventionnelles, le législateur se trouve dans l'heureuse impuissance de proclamer une volonté particulière : tout ce qu'il dit doit être l'expression des éternelles vérités sur lesquelles repose la morale de tous les peuples. Le livre où il puise ses lois doit être la conscience ; ce livre où tous les hommes trouvent le même langage quand la passion ne les aveugle pas¹⁶⁶. ». Il est donc fait référence à des vérités premières, qui seraient dans le cœur et dans la raison de tous les hommes, qui constitueraient le trait commun des hommes entre eux. La bonne foi doit donc s'inscrire parmi ces vérités premières, découvertes par la raison¹⁶⁷. Cette évocation des vérités premières doit se doubler de la référence à l'équité, qui est récurrente¹⁶⁸. Il faut ajouter que les principes de droit des contrats sont considérés comme des principes de droit naturel, et particulièrement la bonne foi¹⁶⁹, sans qu'il soit finalement possible de distinguer réellement toutes ces notions, puisque « la raison, en tant qu'elle

¹⁶⁴ *Id.*, Tome I, exposé de M. Bigot-Préameneu à propos du projet définitif, p.125.

¹⁶⁵ *Id.*, Tome XIII, présentation au corps législatif et exposé des motifs par M. Bigot-Préameneu, p.215.

¹⁶⁶ *Id.*, Tome XIII, rapport du Tribun Favart sur les quatre premiers chapitres, p.312.

¹⁶⁷ Voir notamment *id.*, Tome XIII, Discussion devant le corps législatif, discours prononcé par le Tribun Mouricault, p.414.

¹⁶⁸ Voir par exemple *id.*, Tome I, exposé de M. Bigot-Préameneu à propos du projet définitif, p.125 ; Tome XIII, présentation au corps législatif, et exposé des motifs par M. Bigot-Préameneu, p.215.

¹⁶⁹ Voir notamment *id.*, Tome XIII, Discussion devant le corps législatif, Discours prononcé par le Tribun Mouricault, p.414 ; Tome XIII, Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement, p.509.

gouverne indéfiniment tous les hommes, s'appelle droit naturel¹⁷⁰ ». La référence à la religion, si elle est présente, n'est donc pas centrale. Il faut enfin rappeler, de façon plus générale, l'objectif des auteurs du Code, de créer « un code de lois simples, dont la rédaction facilite l'intelligence, et qui soient tout à la fois le principe du bonheur social et la sauvegarde de la morale publique¹⁷¹. ». Les principes de droit des contrats, et notamment la bonne foi, s'inscrivent donc dans ce mouvement d'idées, au sein duquel les préoccupations religieuses, sans être absentes, ne sont plus prioritaires.

Il faut relever que sont évoquées aux sources des règles de droit des obligations des valeurs telles que l'équité ou le droit naturel, qui résultent d'exigences de portée générale, qui ne sont pas propres à la matière contractuelle.

Mais, il faut impérativement noter la renonciation à développer une réelle réflexion sur les fondements des principes de droit des contrats, particulièrement sur la bonne foi : « Il serait donc superflu de vous présenter l'analyse des règles que nous avons cru devoir recueillir, et qui, pour la plupart, sont observées parmi nous¹⁷². ». Les règles applicables au droit des contrats, la bonne foi, relèvent de l'évidence. La réflexion à leur sujet a déjà été menée. Il faut adhérer aux opinions des Romains, de Domat et de Pothier. La référence par le Code civil à la bonne foi s'inscrit donc avant tout dans la continuité, et dans le même esprit, bien que beaucoup moins religieux, que celui qui avait été développé auparavant dans l'histoire. C'est ce qui a fait dire à Mouricault que le droit des contrats tel que consacré par le Code civil ferait l'objet « d'innovations en petit nombre¹⁷³. ». Il n'est donc pas possible d'affirmer que les auteurs du Code civil ont pu considérer la bonne foi comme une notion de peu d'intérêt. C'est la continuité qui explique le manque de réel débat.

Toutefois, les travaux préparatoires du Code civil contiennent quelques références intéressantes à la bonne foi.

¹⁷⁰ *Id.*, Tome XIII, Discours prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement, p.477.

¹⁷¹ *Id.*, Tome I, troisième projet du Code civil de Cambacérès, discours préliminaire prononcé par Cambacérès, p.140.

¹⁷² *Id.*, Tome I, deuxième projet de Code civil de Cambacérès, rapport fait à la convention nationale, p.108.

¹⁷³ *Id.*, Tome XIII, Discussion devant le corps législatif, Discours prononcé par le Tribun Mouricault, p.415.

§2. Analyse des références à la bonne foi.

Lorsqu'on relève les références à la bonne foi dans les travaux préparatoires du Code civil, il apparaît que trois réalités se dégagent : la bonne foi est une notion jugée importante (A.), et étrangère à la matière purement contractuelle (B.). Enfin, il est possible de deviner, en relation avec la bonne foi, quelques références à l'idée de préservation des intérêts d'autrui (C.).

A. Importance de la bonne foi.

La bonne foi, lorsqu'elle est envisagée au cours des travaux préparatoires du Code civil, est considérée comme une notion importante.

Ainsi, le Tribun Favart a t'il pu affirmer, à propos du principe selon lequel les conventions tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites, que « il n'y aura plus d'incertitude sur ce principe ; il sera désormais fondé sur une loi positive et garante de l'autorité des contrats, garante par conséquent des fortunes des particuliers, et, ce qui est plus précieux encore, garante de la bonne foi qui doit régner dans l'exécution des conventions¹⁷⁴. ».

Un auteur a ainsi fait remarquer que Favart analysait le principe de la convention-loi en rapport avec celui de l'exécution de bonne foi, le premier étant le garant du second¹⁷⁵. Il en déduit logiquement que, dans l'ordre des principes, la bonne foi précède la convention-loi¹⁷⁶, et qu'il convient de caractériser alors « une forme d'appartenance¹⁷⁷ » du principe de convention-loi au domaine de la bonne foi.

Favart insiste donc sur l'importance de la bonne foi. Cette dernière est confirmée par le constat de la généralité du champ d'application de la bonne foi, signe de son extranéité à la matière purement contractuelle.

¹⁷⁴ *Id.*, Tome XIII, rapport du Tribun Favart sur les quatre premiers chapitres, p.319.

¹⁷⁵ ROMAIN (JF.), *op. cit.*, p.85.

¹⁷⁶ *Ibid.*

B. Extranéité de la bonne foi à la matière purement contractuelle.

Les travaux préparatoires du Code révèlent que la présence de l'exigence de bonne foi n'apparaît pas liée à l'existence d'un contrat. Cambacérès a ainsi voulu affirmer que la bonne foi est le fondement de tous les engagements : « il ne l'est pas de fouler aux pieds le fondement de tous les engagements, la bonne foi¹⁷⁸. ». Dés lors, la bonne foi sera aussi exigée au sein des engagements non conventionnels, alors même qu'aucun contrat n'a été conclu.

Surtout, il faut relever qu'à propos de la rédaction de l'article 1134, alinéa 3, Portalis a demandé « qu'on retranche dans le dernier alinéa le mot contractées, que les dispositions antérieures rendent inutiles¹⁷⁹. ». C'est donc l'aveu que l'exigence de bonne foi concerne aussi bien la formation que l'exécution du contrat, qu'elle intervient tant en dehors de l'existence d'un contrat qu'une fois ce dernier conclu. Avant cette intervention de Portalis, les projets de rédaction du Code admettaient l'exigence de bonne foi tant lors de la conclusion du lien contractuel que lors de son exécution. La réunion au sein d'un même article de l'énoncé de la règle imposant la bonne foi au moment de la conclusion et au moment de l'exécution aurait pu établir de façon assez claire l'identité de nature de l'exigence de bonne foi, quel que soit le moment de son intervention. On aurait donc pu affirmer l'unité fondamentale de la notion, qui demeure la même à tous les stades du contrat. Toutefois, les rédacteurs du Code ont finalement privilégié la formule selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi, ce qui pourrait amener à deux considérations : d'une part, la bonne foi ne s'impose que pendant l'exécution du contrat ; d'autre part, la bonne foi, même si on admet qu'elle s'impose aussi lors de la formation du contrat, ne posséderait pas la même nature que lors de l'exécution, puisque les énoncés de l'exigence sont distingués. Il convient de s'inscrire en faux contre de telles hypothèses. En effet, les raisons qui ont poussé les rédacteurs du Code à retenir une formule ne se référant qu'à l'exécution du contrat semblent tenir à des préoccupations très pratiques : il ne s'agissait vraisemblablement que d'éviter une répétition, une redondance, dans la mesure où, selon Portalis, les dispositions antérieures traduisaient déjà l'exigence de bonne foi. Il n'est donc guère possible de soutenir que la bonne foi ne vise

¹⁷⁷ *Id.*, p.86.

¹⁷⁸ Voir FENET (AP.), *op. cit.*, deuxième projet du Code civil de Cambacérès, rapport fait à la convention nationale, Tome I, p.108.

¹⁷⁹ *Id.*, Tome XIII, p.54.

que l'exécution du contrat, et il ne semble pas non plus possible de soutenir que l'exigence lors de l'exécution serait fondamentalement différente de l'exigence lors de la conclusion. Seules des raisons pratiques ont pu conduire à la dissociation des notions dans des dispositions différentes.

Mais, à quelles dispositions antérieures Portalis faisait-il référence ? Il est d'abord possible de soutenir qu'il ne se référait pas à des dispositions spécifiques, et que c'est l'esprit général du Code qui rend inutile le rappel de l'exigence de bonne foi lors de la conclusion du lien contractuel. Mais, dans ce cas, le rappel de l'exigence de bonne foi lors de l'exécution du contrat aurait également été inutile. Volansky avait proposé une autre interprétation de cette volonté de retrait du terme « contractées ». Pour lui, les dispositions antérieures rendant inutiles le mot « contractées » pourraient être celles qui exigent que le contrat soit légalement formé : il pourrait s'agir du premier alinéa de l'article 1134. Dans ce cas, un contrat légalement formé serait donc nécessairement un contrat formé de bonne foi¹⁸⁰. Mais, Volansky ajoute une deuxième interprétation des dires de Portalis. Les dispositions antérieures concernées seraient celles concernant les éléments nécessaires pour la formation d'une obligation conventionnelle valable, à savoir le consentement, la capacité, l'objet et la cause. Ces éléments auraient donc pour objet de rendre la formation du contrat conforme à la bonne foi¹⁸¹. Une troisième interprétation possible consiste à énoncer que Portalis fait référence non seulement aux dispositions précédentes en matière de droit des contrats, mais aussi à d'autres dispositions, telles que, par exemple, l'article 6 du Code civil, qui interdit la contrariété des conventions à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Il ne paraît pas possible de trancher fermement le débat, puisque le fait d'apporter une réponse traduirait nécessairement une interprétation assez hasardeuse des intentions de Portalis. En outre, la réponse apportée paraît excessivement dépendante des conceptions que l'on a de la bonne foi. Mais, en toutes hypothèses, il est certain que, dans l'esprit des auteurs du Code, la bonne foi irradie l'ensemble du champ contractuel, et qu'il n'existe pas de différence fondamentale entre la bonne foi lors de la formation du contrat et lors de son exécution. La bonne foi intervient donc tant en l'absence de contrat conclu qu'en présence d'un tel lien. Elle semble ainsi étrangère à la matière purement contractuelle.

¹⁸⁰ VOLANSKY (A.), *op. cit.*, p.333.

¹⁸¹ *Ibid.*

D'ailleurs, il faut remarquer que la formulation de l'article 1134, alinéa 3 semble faire référence à des valeurs supérieures, étrangères au domaine de la seule matière contractuelle : si les conventions « doivent être » exécutées de bonne foi, il n'est pas dit qu'elles « sont de bonne foi ». Dés lors, les conventions ne seraient pas de bonne foi par elle-même, mais en vertu d'une référence à des valeurs supérieures, étrangères à la matière purement contractuelle.

Enfin, malgré la brièveté et la rareté des développements consacrés à la bonne foi par les auteurs du Code civil, les quelques passages réservés à cette dernière notion laissent transparaître l'idée de prise en compte des intérêts d'autrui.

C. Référence à l'idée de préservation des intérêts d'autrui.

L'idée de prise en compte des intérêts d'autrui apparaît au cours des débats précédant l'adoption du Code civil. Ainsi, Cambacérès a t'il pu écrire qu'il « est permis de chercher son intérêt ; mais il ne l'est pas de le chercher aux dépens de l'intérêt d'autrui ; il ne l'est pas de fouler aux pieds le fondement de tous les engagements, la bonne foi. Laissons aux perfides Carthaginois la honte de l'antique proverbe de la foi punique, qui a flétri plus d'une moderne Carthage. Le peuple français ne doit et ne veut connaître d'autre intérêt ni d'autres moyens de le conserver que la franchise, la droiture, la fidélité à tenir ses engagements¹⁸². ». La citation est digne d'intérêt à deux égards. Premièrement, elle témoigne de la conception de la bonne foi par les auteurs du Code : franchise, droiture, honnêteté. Ces termes sont très proches de ceux qui avaient été énumérés par Domat. Mais, deuxièmement et surtout, il est fait référence à la préservation des intérêts d'autrui. La bonne foi est ici évoquée à la lumière de cette règle de préservation de l'intérêt de l'autre. La prise en compte de cette exigence d'altruisme, combinée à cette modération imposant de ne pas renoncer à son propre intérêt, évoque très largement les lignes écrites par Domat ou par Pothier. Cette référence est d'autant moins neutre, semble t'il, que la préservation des intérêts d'autrui est encore exigée et mise en relation avec la bonne foi par les rédacteurs au cours du discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement: « sans doute, il ne faut pas que les hommes puissent se tromper mutuellement, en traitant ensemble ; mais il faut laisser

¹⁸² Voir FENET (AP.), *op. cit.*, deuxième projet du Code civil de Cambacérès, rapport fait à la convention nationale, Tome XIII, p.108.

quelque latitude à la confiance et à la bonne foi¹⁸³. ». La bonne foi est ainsi intrinsèquement liée à cette idée de prise en compte de l'intérêt de l'autre. En effet, ne pas tromper autrui, c'est nécessairement prendre garde à ses intérêts.

Ainsi, malgré la brièveté des développements consacrés à la bonne foi, les travaux préparatoires du Code civil sont intéressants à de multiples égards. Tout d'abord, il faut noter que l'inspiration religieuse n'est plus primordiale. Pour autant, les auteurs du Code civil, animés, semble t'il, pas un réel esprit de consensus, n'en sont pas moins particulièrement marqués par les perceptions de la bonne foi qui prévalaient à Rome, puis dans les écrits de Domat et Pothier. Ensuite, il faut relever que la bonne foi est envisagée comme une notion d'importance, indépendante de la matière purement contractuelle. Enfin, il est possible de noter que l'idée de prise en compte des intérêts de l'autre, déjà mise en évidence par Domat et Pothier, n'était pas étrangère aux auteurs du Code civil, et qu'ils l'ont mise en relation avec la bonne foi.

Une fois la consécration légale de l'exigence de bonne foi acquise, comment la doctrine l'a t'elle prise en compte ?

SECTION II. : LA RECEPTION DOCTRINALE DE LA BONNE FOI DU DIX-NEUVIEME SIECLE A LA MOITIE DU VINGTIEME SIECLE.

Il peut paraître ambitieux d'évoquer la réception doctrinale de la bonne foi sur une période recouvrant près de cent cinquante années. Il est à supposer que de nombreuses évolutions aient pu avoir lieu dans la pensée juridique, et qu'il soit bien délicat d'en retracer la teneur sans occulter les particularités de la réflexion de chaque auteur. En outre, la palette des travaux doctrinaux est large, et il est difficile d'aborder des écrits aussi variés que des ouvrages généraux de droit civil, des thèses ou des articles de doctrine.

¹⁸³ *Id.*, Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement, Tome XII, p.515.

Toutefois, la démarche s'avère envisageable. En effet, il faut constater que la question de la bonne foi en droit des contrats semble avoir été quelque peu négligée par nombre d'auteurs. Ainsi, les ouvrages de droit civil ne lui consacrent généralement que quelques lignes. Par exemple, Aubry et Rau se contentent-ils d'affirmer que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi, c'est à dire conformément à l'intention des parties, et au but en vue duquel elles ont été formées¹⁸⁴. ». De la même façon, Baudry-Lacantinerie et Barde énoncent très brièvement que « L'article 1134 contient un dernier alinéa, ainsi conçu : 'Elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi.' *De bonne foi*, c'est à dire conformément à l'intention des parties et au but qu'elles se sont proposé en contractant¹⁸⁵. ». Demolombe¹⁸⁶, Josserand¹⁸⁷, Colin et Capitant¹⁸⁸ ne consacrent quant à eux qu'une petite dizaine de lignes à la question. Dès lors, en raison de la concision qui caractérise ces écrits, il paraît moins délicat de tenter d'en analyser la substance. De plus, l'importance de la bonne foi, envisagée en tant qu'exigence de loyauté, d'honnêteté, est parfois dévaluée dans le domaine des contrats¹⁸⁹, si bien que certains travaux n'envisagent que la bonne foi considérée en tant que croyance erronée¹⁹⁰. Ainsi, l'importance quantitative des écrits consacrés à la bonne foi telle qu'elle nous intéresse n'apparaît pas démesurée.

En outre, il apparaît que deux thèmes majeurs, deux lignes directrices caractérisent la réception doctrinale de la bonne foi au cours de cette période.

D'une part, le rôle attribué à la bonne foi par les auteurs paraît lié à l'importance qu'ils accordent au respect de la volonté des parties (§1.).

¹⁸⁴ AUBRY (C.), RAU (C.), *Cours de droit civil français, d'après l'ouvrage allemand de CS Zachariae*, 3^{ème} édition, Paris : Cosse, 1856, Tome III, p.223.

¹⁸⁵ BAUDRY-LACANTINERIE (G.), BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, Paris : Larose, 1897, Tome I, p.319.

¹⁸⁶ DEMOLOMBE (C.), *op. cit.*, *supra* notre note n°15, pp.375-376.

¹⁸⁷ JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, 3^{ème} édition, Paris : Sirey, Tome II, p.143.

¹⁸⁸ COLIN (A.), CAPITANT (H.), *op. cit.*, *supra* notre note n°15, pp.68-69.

¹⁸⁹ Voir par exemple VOUIN (R.), *op. cit.*, p.456, qui conclut sa thèse en affirmant que « l'ignorance, ou conviction erronée, constitue, à l'heure présente, la seule notion de bonne foi précise et efficace. ».

¹⁹⁰ Voir ainsi BRETON (A.), « Des effets civils de la bonne foi », *Rev. crit. Lég. et jurisp.*, 1926, p.91, qui juge seule digne d'intérêt la bonne foi dite subjective, définie comme la croyance à l'existence d'une situation juridique, entachée d'erreur.

D'autre part, il semble que le rapprochement entre la bonne foi et l'idée de prise en considération des intérêts d'autrui ne soit pas absente de la réflexion de certains auteurs (§2.).

§1. La bonne foi et le respect de la volonté des parties.

Un auteur s'est fait le témoin de l'opposition entre deux conceptions de la bonne foi qui marquent la période considérée. Il a ainsi pu écrire que, « Par rapport à la volonté des parties, la bonne foi contractuelle peut se manifester dans l'un ou l'autre de deux sens opposés : soit dans le sens de cette volonté, de l'intention commune, pour en assurer plus exactement le respect, soit à l'inverse en dehors d'elle ou contre elle pour faire triompher une autre valeur¹⁹¹. ». Ainsi, deux tendances opposées paraissent caractériser les écrits des auteurs de la période. Pour certains, il apparaît nettement que la bonne foi ne doit pas permettre de s'affranchir du respect de la volonté des parties au contrat (A.). D'autres semblent privilégier une approche plus dynamique du rôle de la bonne foi (B.).

A. Première conception : cantonnement du rôle de la bonne foi par l'exigence de respect de la volonté des parties.

Bien souvent, les travaux doctrinaux révèlent que la bonne foi n'est envisagée que comme instrument d'interprétation de la volonté des parties (1.). Il est possible de tenter d'expliquer cette limitation du rôle de la bonne foi par un phénomène d'hypertrophie du principe de force obligatoire du contrat, et par le respect du dogme de l'autonomie de la volonté (2.).

1. La limitation du rôle de la bonne foi à l'interprétation de la volonté des parties.

Chez nombre d'auteurs, le rôle de la bonne foi apparaît particulièrement limité, ce qui explique la concision de leurs développements relatifs à la question.

Ainsi, la portée de l'exigence de bonne foi est souvent réduite à celle d'une règle d'interprétation du contrat. L'exemple le plus marquant de cette tendance se trouve

¹⁹¹ VOUIN (R.), *op. cit.*, p.69.

probablement dans les écrits de Beudant. A propos de la bonne foi, il a en effet pu écrire que « Les conséquences de cette idée abstraite sont énoncées dans les articles 1156 et suivants, auxquels il suffit de renvoyer¹⁹². ». Il ajoute que ces textes sont « une paraphrase prolix et médiocrement heureuse de l'article 1134, alinéa 3¹⁹³. ». L'article 1134, alinéa 3 du Code civil se voit ainsi identifier totalement aux textes relatifs à l'interprétation du contrat. D'ailleurs, la disposition de l'article 1134, alinéa 3 est fréquemment associée à l'article 1135 du Code civil¹⁹⁴. Elle est alors donnée comme synonyme de l'équité qui doit présider à l'interprétation du contrat.

Si le rôle de la bonne foi est limité à l'interprétation du contrat, il apparaît en outre chez beaucoup d'auteurs qu'elle ne saurait autoriser une interprétation permettant de dépasser la volonté des parties.

Dans les écrits de Demolombe, il est ainsi affirmé que « La bonne foi est l'âme des relations sociales ; elle doit régner toujours dans l'exécution des conventions, que les parties ont formées. Et c'est toujours, en effet, le devoir du juge, *id officio ejus contineri*, d'interpréter la convention et d'en ordonner l'exécution, conformément à l'intention des parties, eu égard au but qu'elles se sont proposées d'atteindre¹⁹⁵. ». Dans son rôle d'interprétation du contrat, le juge ne saurait donc aller au-delà de la volonté des parties. La bonne foi ne constitue pas l'instrument apte à lui permettre de dépasser cette dernière. Dans les écrits d'Aubry et Rau¹⁹⁶, de Baudry-Lacantinerie et Barde¹⁹⁷, il est ainsi dit que les conventions doivent être exécutées de bonne foi, c'est-à-dire conformément à l'intention des parties et au but en vue duquel elles ont été formées. La bonne foi permet seulement d'interpréter la volonté des parties.

¹⁹² BEUDANT (C.), *Cours de droit civil français*, 2^{ème} édition publiée par BEUDANT (R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), Paris, 1936, Tome VIII, p.222.

¹⁹³ *Id.*, p.223.

¹⁹⁴ Voir notamment DEMOLOMBE, *op. cit.*, p.376, pour lequel l'article 1135 ne fait que compléter l'article 1134, alinéa 3 ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.), BARDE (L.), *op. cit.*, p.319, pour lesquels l'article 1135 du Code civil ne fait que déduire une conséquence de l'article 1134, alinéa 3 ; COLIN (A.), CAPITANT (H.), *op. cit.*, p.69, qui visent conjointement les deux textes.

¹⁹⁵ DEMOLOMBE (C.), *op. cit.*, p.376.

¹⁹⁶ AUBRY (C.), RAU (C.), *op. cit.*, p.223.

¹⁹⁷ BAUDRY-LACANTINERIE (G.), BARDE (L.), *op. cit.*, p.319.

C'est également ce qui ressort des travaux de Gorphe¹⁹⁸, auteur d'une thèse sur la bonne foi en 1928. Pour Gorphe, la bonne foi permet l'interprétation du contrat. Il distingue deux modes d'interprétation : « Le premier mode d'interprétation, qu'on peut appeler subjectif, s'impose quand l'expression est éminemment équivoque et douteuse ; le deuxième, qu'on peut appeler objectif, quand, en dehors des termes exprimés, on manque d'indices pour déterminer les intentions intimes¹⁹⁹. ». Gorphe semble, à propos de l'interprétation subjective, assimiler totalement la *bona fides* des Romains à l'intention des contractants, puisqu'il cite Charondas : « On donne un *judex*, non pour appliquer étroitement les stipulations des plaideurs et leur sens littéral, mais bien pour rechercher la *bona fides*, l'intention des contractants²⁰⁰. ». L'interprétation subjective ne permet donc pas d'aller au-delà de la volonté des parties. De même, à propos de l'interprétation objective, Gorphe semble éprouver quelques difficultés à admettre qu'elle puisse aboutir à s'affranchir totalement de la volonté des parties, puisqu'il affirme qu'il « n'est pas nécessaire de recourir à d'ingénieuses et subtiles théories, comme celles élaborées par les auteurs allemands, pour déterminer comment doit se faire une interprétation conforme à la bonne foi, si l'on s'en tient, toutes les fois qu'il est possible, au respect des intentions²⁰¹. ». Pour ce que les parties n'auront pas prévu ou pour ce dont elles ne se seront pas bien rendues compte, le juge n'aura pas, « à proprement parler, à suivre, au nom de la bonne foi objective, 'ce qui est juste au nom de l'idéal social', comme le dit le professeur Stammler, mais bien plutôt à suivre les idées mêmes que les parties avaient en vue²⁰². ». Donc, si toute possibilité d'intervention du juge n'est pas niée, le pouvoir du juge paraît néanmoins très limité par la volonté des parties.

Quelles conclusions tirer de ces différents constats ? Il semble que la pensée de ces auteurs se situe à contre-courant de l'histoire de la bonne foi. En effet, au cours des siècles, la bonne foi n'a jamais été envisagée comme cantonnée au domaine de l'interprétation du contrat. A Rome déjà, la bonne foi permettait non seulement l'interprétation du contrat, mais jouait également un rôle au regard de la formation de l'acte, et de son exécution²⁰³. Par la

¹⁹⁸ GORPHE (F.), *op. cit.*, *supra* notre note p.83.

¹⁹⁹ *Id.*, p.33.

²⁰⁰ *Id.*, p.34.

²⁰¹ *Id.*, p.41.

²⁰² *Id.*, p.42.

²⁰³ Voir *supra*, nos développements relatifs à la bonne foi à Rome, p.28.

suite, Domat et Pothier lui ont attribué une portée très générale, dépassant largement la sphère de l'interprétation du contrat²⁰⁴. Enfin, les rédacteurs du Code civil ne semblent nullement l'avoir restreinte au domaine de l'interprétation, puisque l'exigence de bonne foi est inscrite dans une division consacrée aux dispositions générales en matière d'effets des obligations, et non dans celle réservée à l'interprétation des contrats.

Surtout, il semble qu'à Rome, la bonne foi, lorsqu'elle permettait l'interprétation du contrat, autorisait le juge à aller au-delà de la volonté des parties, comme l'a mis en évidence un auteur : « en droit romain le pouvoir dévolu au juge saisi d'une action de bonne foi, en vertu d'un contrat de même nature, n'était pas passif mais lui permettait notamment de prendre en compte des exceptions de droit non formées dans les actes de procédure. Dans les contrats de bonne foi, le juge était tenu de soulever d'office l'exception de dol, faisant échec à l'exécution de la convention. Il en allait de même de la lésion. Ce pouvoir n'était en aucun cas limité à l'interprétation de la volonté des parties, qui serait imposée au juge, de manière absolue, comme une loi intangible²⁰⁵. ». Pourtant, nombre d'auteurs de l'époque envisagée considèrent que la bonne foi ne permet que l'interprétation de la volonté des parties. Cela paraît d'autant plus surprenant que leurs écrits sont riches de références au droit romain²⁰⁶. Comment expliquer, dès lors, que leur pensée paraisse en désaccord avec la bonne foi telle qu'elle était envisagée à Rome ? Pour M.Romain, il s'agit d'une « erreur d'approche historique, qui consiste à restreindre à l'excès la portée de la distinction entre contrats de bonne foi et contrats de droit strict en droit romain, afin de limiter la portée du principe de bonne foi²⁰⁷ ».

Mais, surtout, il apparaît que si la pensée de ces auteurs ayant écrit dans la période allant du dix-neuvième siècle à la moitié du vingtième siècle ne se situe pas dans la continuité

²⁰⁴ Voir *supra*, nos développements relatifs aux écrits de Domat, pp.40-42, et de Pothier, p.44.

²⁰⁵ ROMAIN (JF.), *op. cit.*, p.139.

²⁰⁶ Voir par exemple LAROMBIERE (M.), *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des Titre III et IV, Livre III, du Code Napoléon*, Paris : Durand, 1857, p.362, qui rappelle que « Le droit romain avait deux grandes classes d'actions, l'une qui comprenait les actions appelées *stricti juris*, de droit strict, et l'autre, les actions dites *bonae fidei*, de bonne foi. » ; DEMOLOMBE (C.), *op. cit.*, p.375, qui évoque la distinction entre contrats de droit strict et contrats de bonne foi ; BEUDANT (C.), *op. cit.*, p.222., qui fait référence à la distinction romaine.

²⁰⁷ ROMAIN (JF.), *op. cit.*, p.139.

de l'histoire de la bonne foi, c'est parce que leur époque est marquée par un phénomène d'amplification du principe de force obligatoire du contrat, ainsi que par le dogme de l'autonomie de la volonté.

2. Explication : l'hypertrophie du principe de force obligatoire du contrat et le dogme de l'autonomie de la volonté.

Dans une thèse récente, M.Romain a pu parler, au sujet des écrits des auteurs de l'époque envisagée, d'atrophie du principe d'exécution de bonne foi au profit du principe de force obligatoire du contrat qui connaîtrait quant à lui une réelle hypertrophie²⁰⁸.

Il a fait remarquer que les auteurs de la période considérée procédaient généralement à une ferme affirmation du principe de l'article 1134, alinéa 1 du Code civil avant d'évoquer la bonne foi²⁰⁹. Il est vrai que Demolombe, commentant l'article 1134 du Code civil, énonce avant tout « que toute convention, légalement formée, doit tenir lieu de loi aux parties, cela est d'évidence ! cet effet-là est essentiel ! puisque, autrement, la convention elle-même n'existerait pas²¹⁰ ». L'affirmation du principe de force obligatoire du contrat paraît bien plus énergique que celle de l'exigence de bonne foi. De même, chez Baudry-Lacantinerie et Barde, l'évocation de l'exigence de bonne foi est précédée d'une affirmation convaincue du principe de force obligatoire²¹¹.

C'est donc la prise en considération du principe de force obligatoire du contrat qui aurait fait perdre de vue aux juristes de l'époque la réelle portée de l'exigence de bonne foi. Il faut nécessairement mettre cette affirmation en relation avec l'ancrage dans l'esprit des auteurs de l'époque d'une conception volontariste du contrat, puisque il est alors largement

²⁰⁸ *Id.*, p.136.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ DEMOLOMBE (C.), *op. cit.*, p.372.

²¹¹ BAUDRY-LACANTINERIE (G.), BARDE (L.), *op. cit.*, pp.310-319.

admis, par de nombreux auteurs²¹² que la force obligatoire du contrat trouve sa source dans la volonté des parties. C'est d'elle que la force obligatoire du contrat résulte: le contrat est issu de la volonté des parties, et le produit de leurs volontés s'impose autant à elles qu'au juge. Le contrat, c'est ce que les parties ont voulu, et le contenu du contrat fixé par leurs volontés doit constituer la limite de leur engagement. Dès lors, comment la bonne foi pourrait elle constituer l'instrument au service du juge lui permettant de dépasser la commune intention des parties ? Le respect de la volonté des parties constitue une véritable règle d'or. Est ainsi éclairée la limitation du rôle de la bonne foi par les juristes de l'époque.

La bonne foi se voit en quelques sortes « étouffée » par la nécessité de respecter la volonté des parties, par le dogme de l'autonomie de la volonté, selon lequel la volonté se fixe elle-même ses propres règles. Elle se situe dans la dépendance de l'autonomie de la volonté.

Les écrits de deux auteurs permettent d'illustrer parfaitement cette emprise de l'autonomie de la volonté sur la bonne foi. Ainsi, en 1926, Breton a estimé inutile de s'attacher à une étude approfondie de la bonne foi qu'il qualifie d'objective : « Et l'emploi dans l'article 1134 du terme « bonne foi » au sens romain fait ressortir comment la notion ancienne a perdu ici son intérêt : plus n'est besoin d'avoir recours à l'idée d'une Bonne foi supérieure pour expliquer des solutions qui ne sont que les conséquences normales et nécessaires de la règle de l'autonomie de la volonté²¹³. ». C'est pourquoi il se concentre alors sur la bonne foi qu'il qualifie de subjective, correspondant à la « *Guter Glaube* » allemande. Dès lors, l'autonomie de la volonté paraît absorber la bonne foi et dénier à cette dernière tout intérêt.

Ce sentiment se confirme à l'examen des travaux de M. Gérard Lyon-Caen sur la question de la bonne foi²¹⁴. Abordant le thème de la bonne et de la mauvaise foi dans l'exécution des actes juridiques, il énonce que deux thèses s'affrontent : la première affirme que la bonne foi n'aurait pour objet que d'affirmer plus complètement le principe de l'autonomie de la volonté. La seconde ferait de la directive de l'article 1134, alinéa 3 le

²¹² Mais pas nécessairement par tous avec la même conviction, ni dans la même mesure, voir à ce sujet JAMIN (C.), « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002, Chronique pp.902-905.

²¹³ BRETON (A.), *op. cit.*, p.87.

²¹⁴ LYON-CAEN (G.), « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.*, 1946, p.75.

vecteur de l'assouplissement du contrat. La bonne foi serait un correctif à ce qu'a de trop rigide le dogme de l'autonomie de la volonté²¹⁵. Sans hésitations, M.Lyon-Caen approuve la première thèse. En effet, La bonne foi telle que relevant de la deuxième conception serait « un concept mort ²¹⁶ ». Il affirme nettement que « Les seules conséquences pratiques qu'on puisse tirer de l'obligation de bonne foi sont minces²¹⁷. ». Finalement, la bonne foi apparaît « étouffée » par le dogme de l'autonomie de la volonté. En témoignent ces quelques lignes : « En droit français l'acte juridique reste, malgré certaines déclarations pessimistes, tout entier placé sous le signe de la volonté. La doctrine de l'autonomie de la volonté explique encore la plupart des règles qui régissent l'acte juridique. Rien d'étonnant par conséquent que la bonne foi, entendue comme une certaine disposition de la volonté, soit le climat dans lequel doivent être conclus et exécutés les actes juridiques en général. C'est le rôle de la volonté dans l'acte juridique qui explique la place dévolue à la bonne foi²¹⁸. ». Dès lors, l'autonomie de la volonté est à la fois à la source et aux limites de l'exigence de bonne foi. La bonne foi ne peut que s'inscrire dans la dépendance de ce dogme, elle ne peut qu'en constituer le complément, et nullement lui porter atteinte.

Ainsi, toute l'attention de ces auteurs est consacrée à la volonté des parties. C'est elle qui constitue l'essence du contrat, et qui explique l'ensemble de son régime juridique. Si la bonne foi doit jouer un rôle, seul le dogme de l'autonomie de la volonté permet de l'expliquer, et à aucun moment la bonne foi ne pourrait permettre de déroger à la volonté des parties. Il faut donc respecter la force obligatoire du contrat, issue de cette volonté.

Il est peut-être possible de mettre en relation le constat d'une limitation du rôle de la bonne foi par le nécessaire respect de la force obligatoire du contrat avec un phénomène marquant chez la grande majorité des auteurs de la période. En effet, il est frappant de constater que la plupart d'entre eux se contente d'évoquer la bonne foi dans l'exécution du contrat, en se référant exclusivement à l'article 1134, alinéa 3 du Code civil²¹⁹. Il est d'abord

²¹⁵ *Id.*, p.82

²¹⁶ *Id.*,p.83.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Id.*, p.80.

²¹⁹ Voir notamment DEMOLOMBE (C.), *op. cit.*, p.375 ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.), BARDE (L.), *op. cit.*, p.319 ; LAROMBIERE (M.), *op. cit.*, p.363 ; BEUDANT (C.), *op. cit.*, p.222 ; JOSSERAND (L.), *op. cit.*, p.143 ; COLIN (A.), CAPITANT (H.), *op. cit.*, pp.68-69.

possible d'expliquer cette perception restrictive des effets de la bonne foi par le grand attachement des auteurs de cette époque à la lettre des textes du Code civil. Mais, en toutes hypothèses, dans la mesure où ils ne visent la bonne foi que dans le cadre du contrat déjà formé, et en cours d'exécution, ne semble-t-il pas logique qu'ils la soumettent nécessairement au respect des règles propres à la matière contractuelle, et donc à la force obligatoire du contrat ? S'ils ne perçoivent pas la bonne foi dans la globalité de ses manifestations, comment pourraient-ils envisager qu'elle puisse être une notion indépendante de l'existence du contrat, qui réponde à des impératifs extérieurs à la matière purement contractuelle, et qui en tant que telle soit susceptible de concurrencer le principe de force obligatoire du contrat ? S'ils avaient envisagé la bonne foi comme une notion dont les manifestations englobent à la fois la formation et l'exécution du contrat, ils auraient peut-être imaginé qu'elle puisse constituer un principe autonome, connaissant ses propres inspirations, et qu'il n'y aurait pas de raison de soumettre au respect des impératifs propres à la matière contractuelle. Ce ne peut être que supputation, mais il est tout de même marquant de relever que la limitation du rôle de la bonne foi correspond à une vision restrictive de ses manifestations.

Pourquoi est-il permis de parler d'atrophie de la bonne foi au profit d'une hypertrophie de la force obligatoire du contrat ? D'une part, le terme d'atrophie se justifie par le fait qu'au cours de son histoire, l'importance du rôle de la bonne foi ait été bien supérieure à celle que les auteurs de la période considérée lui ont attribuée. D'autre part, le terme d'hypertrophie se justifie par le fait que la force obligatoire du contrat n'a jamais constitué, dans l'histoire de la notion de bonne foi, un principe supérieur à elle, qui l'aurait limitée. Ainsi, à Rome, la bonne foi répond à des considérations d'ordre très général, et il ne semble guère possible d'affirmer qu'elle doive être limitée par la force obligatoire du contrat. En effet, comment se pourrait-il que le respect d'une valeur socio-religieuse fondamentale soit battu en brèche par la nécessité de respecter la force obligatoire du contrat ? Par la suite, chez Domat, il est apparu que la bonne foi constituait un principe d'ordre très général, d'importance première en tant que conséquence directe de la règle d'amour mutuel. En tant que tel, son extension était plus importante que celle du principe de force obligatoire²²⁰. Chez les rédacteurs du Code civil, la bonne foi semble également dotée d'une importance première²²¹. Dès lors, l'affirmation de la

²²⁰ Voir *supra*, nos développements relatifs aux écrits de Domat, p.41.

²²¹ Voir *supra*, nos développements relatifs aux travaux préparatoires du Code civil, pp.53-54.

priorité du respect de la force obligatoire du contrat par les auteurs du dix-neuvième siècle et par ceux de la première moitié du vingtième siècle semble marquer une rupture avec les précédents historiques. Parler d'hypertrophie n'implique donc pas une prise de parti contre la nécessité de respecter la force obligatoire du contrat, ni contre le dogme de l'autonomie de la volonté. Cela marque simplement une amplification du rôle attribué au strict respect de la volonté des parties au regard des précédents historiques. Dès lors, la limitation du rôle attribué à la bonne foi par le principe de force obligatoire du contrat, et par le dogme de l'autonomie de la volonté, apparaît davantage comme une anomalie à l'échelle historique, d'autant plus qu'à la même époque, il semble que tous les auteurs n'aient pas adhéré la même conception du rôle de la bonne foi.

B. Seconde conception : rôle dynamique de la bonne foi.

Bien que nombre d'auteurs de doctrine de la période considérée aient eu tendance à conférer à la bonne foi un rôle limité par le respect de la volonté des parties, ils n'ont pas pour autant tous envisagé la bonne foi de la même façon, et certains écrits révèlent une approche différente de la notion.

Ainsi, au dix-neuvième siècle, Larombière ne paraît pas limiter excessivement le rôle du juge: « De même que les conventions doivent être exécutées de bonne foi (1134), toutes les actions sont également de bonne foi, en ce sens que le juge estime, suivant la loi et l'équité, ce qu'il doit apporter à chaque partie²²². ». La référence à l'équité peut sembler révélatrice : c'est ici l'équité, et non la volonté des parties, qui guide le juge. Il n'est, dès lors, guère possible de fixer une limite certaine à son pouvoir d'appréciation.

De même, toujours au dix-neuvième siècle, il apparaît que deux autres auteurs ne cantonneraient pas excessivement le rôle de la bonne foi. Ainsi, M.Romain révèle que Toullier respecterait mieux que la doctrine majoritaire de son époque la distinction entre contrats de bonne foi et contrats de droit strict. Il ne réduirait pas le pouvoir du juge à un

²²² LAROMBIERE (M.), *op. cit.*, p.363.

simple rôle d'interprétation du contrat²²³. Laurent ne tomberait pas non plus dans de tels travers²²⁴.

Au vingtième siècle, Esmein, continuateur de l'œuvre de Planiol et Ripert, entend manifestement conférer à la bonne foi un rôle dynamique. Cet auteur la considère en effet ouvertement comme l'instrument d'une intervention du juge : « C'est parce que le contrat ni la loi ne précisent jamais complètement quels doivent être ses agissements, et que c'est donc le juge qui doit dire quelle conduite il devait tenir en présence des circonstances particulières où il s'est trouvé, qu'on dit, à titre de directive, que cette conduite doit être conforme à la bonne foi²²⁵. ». Quelques lignes plus bas, l'auteur ajoute : « On peut sans doute motiver ces décisions par une référence aux usages ou par interprétation du contrat. Il intervient cependant un jugement sur la moralité de la conduite ou de la prétention, qui justifie une dénomination particulière²²⁶. ». Puis, de façon tout aussi significative, il conclut en affirmant qu'il « est utile d'avoir une expression pour désigner un manquement au devoir de loyauté qui découle du fait qu'on s'est engagé par contrat. Ce manquement est autre chose que l'inexécution des actes nécessaires pour réaliser l'objet précis auquel on s'est engagé²²⁷. ». Esmein semble donc très clairement établir que la bonne foi permet au juge de s'affranchir du contenu précis du contrat. Il admet que la bonne foi permette au juge de porter une appréciation sur la seule conduite du contractant, indépendamment de toute référence au contrat, à la loi ou aux usages. L'évolution est donc sensible : pour Esmein, il faut nettement conférer à la bonne foi le rôle d'instrument au service du juge, et il n'est aucunement question que ce dernier voie son pouvoir d'appréciation cantonné par le respect de la volonté des parties, qu'il se borne à l'interprétation du contrat. Lorsque le juge apprécie la bonne foi d'un contractant, il se réfère à des éléments extérieurs au contrat, il porte un jugement strictement relatif à la moralité des parties. Il est également marquant de relever que pour Esmein, le manquement à la bonne foi est autre chose que l'inexécution des actes nécessaires pour réaliser l'objet précis du contrat. La bonne foi ne fait donc pas partie du contenu du contrat, elle se situe au-delà. A divers

²²³ ROMAIN (JF.), *op. cit.*, pp.140-141.

²²⁴ *Id.*, pp.141-144.

²²⁵ PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, 2^{ème} édition par ESMEIN (P.), Paris : LGDJ, 1952, Tome VI, p.509.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ *Id.*, p.510.

égards, la pensée d'Esmein, continuateur de l'œuvre de Planiol et Ripert, apparaît donc novatrice.

Il en va de même de celle de Demogue, d'ailleurs souvent présenté comme l'auteur d'une revalorisation de la bonne foi. Dans le chapitre I du Tome VI du *Traité des obligations*²²⁸, Demogue examine les « effets des obligations et généralement des obligations contractuelles ». Il s'attache alors à définir la portée de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil. Après avoir rappelé que la distinction entre actions de bonne foi et actions de droit strict n'a plus lieu d'être, il affirme qu'en « conséquence les obligations s'exécutent conformément à l'intention des parties et au but en vue duquel elles ont été formées, ainsi qu'aux règles qu'implique une conduite honnête et loyale²²⁹ ». La référence aux règles qu'implique une conduite honnête et loyale est marquante : la bonne exécution ne s'apprécie pas seulement au regard de l'intention des parties, mais aussi par référence au but des conventions et surtout à cette conduite honnête et loyale. Demogue paraît donc entendre conférer à la bonne foi des effets énergiques, et permettre au juge de ne pas être limité par la nécessité du rigoureux respect de la volonté des parties. Il est d'ailleurs frappant de relever, comme l'a fait un auteur²³⁰, que Demogue considérait le dogme de l'autonomie de la volonté comme ayant été exagérément développé. Il entendait en dénoncer certaines exagérations. Chez cet auteur, transparait donc une volonté de revaloriser le rôle de la bonne foi²³¹, tout en amenuisant la portée de l'autonomie de la volonté. Il se situe donc, à cet égard, dans un courant totalement opposé à celui suivi par certains auteurs de la période considérée, qui limitaient le rôle de la bonne foi au nom du sacro-saint respect de la volonté des parties.

Ainsi, au cours de la période considérée, deux tendances opposées ont pu se manifester quant à la question des rapports entre l'exigence de bonne foi et celle de respect de

²²⁸ DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, Paris : Rousseau, 1931, Réimpression Schmidt, 1994, Tome VI.

²²⁹ DEMOGUE (R.), *id.*, pp.8-9.

²³⁰ ROMAIN (JF), *op. cit.*, pp.147-149.

²³¹ En témoigne cette observation de Demogue : « les conséquences qu'on a tirées de l'idée de bonne foi entre contractants sont encore assez pauvres ; (...) le contrat moderne peut être conçu d'une façon plus vivante et plus complexe en faisant sortir de l'idée de bonne foi de nouveaux rameaux », *op. cit.*, p.9.

la volonté des parties. Pour certains, dont la pensée semble, pour la plupart, largement influencée par l'autonomie de la volonté, la bonne foi ne doit produire d'effets que dans le respect de l'intention des parties. Elle est avant tout une règle d'interprétation de la volonté des contractants. Pour d'autres, la bonne foi doit produire des effets plus énergiques, et peut permettre au juge d'aller au-delà. En cela, elle est définie comme étant d'une importance réelle. Si la première tendance marque une rupture avec les précédents historiques de la bonne foi, la seconde s'inscrit beaucoup mieux dans une certaine continuité de l'histoire.

A un autre égard, la pensée des auteurs de cette époque marque t'elle une continuité dans l'histoire de la bonne foi en témoignant de la mise en relation de cette notion avec l'idée de prise en compte des intérêts du partenaire contractuel, déjà dégagée au cours des siècles précédents ?

§2. La bonne foi et l'idée de prise en considération des intérêts d'autrui.

Dans quelle mesure la relation, déjà mise en évidence au cours de l'étude historique, entre bonne foi et idée de prise en considération des intérêts d'autrui apparaît-elle dans les travaux des auteurs de doctrine du dix-neuvième siècle (A.) et de la première moitié du vingtième siècle (B.)?

A. Bonne foi et idée de prise en considération des intérêts d'autrui chez les auteurs du dix-neuvième siècle.

De façon générale et à première vue, il semble que les auteurs du dix-neuvième siècle n'aient guère perçu la relation existant entre bonne foi et idée de prise en considération des intérêts du partenaire contractuel. Ce constat peut s'expliquer par l'absence d'attention particulière portée à notion de bonne foi, et *a fortiori* à la question de ses fondements.

Pourtant, la lecture attentive des écrits d'un auteur permet, semble t'il, de révéler la présence, en relation avec la bonne foi, de l'idée de prise en considération des intérêts de l'autre. Ainsi, Larombière, lorsqu'il évoque la définition de la bonne foi, écrit-il que « Ces mots, *bonne foi*, ont une très large acception. Ils expriment tous les sentiments honnêtes d'une

droite conscience. Sans exiger un raffinement de délicatesse qui pousse le désintéressement jusqu'au sacrifice, la loi bannit des contrats les ruses et les manœuvres astucieuses, les procédés malhonnêtes, les calculs frauduleux, les dissimulations et les simulations perfides, la malice enfin qui, tout en se déguisant sous les apparences de la prudence et de l'habileté, spéculé sur la crédulité, la simplicité et l'ignorance²³². ». En précisant que la bonne foi n'exige pas un raffinement de délicatesse qui pousse le désintéressement jusqu'au sacrifice, Larombière admet implicitement que la bonne foi implique un certain désintéressement. Si elle n'implique pas le sacrifice, l'auteur paraît néanmoins admettre qu'elle nécessite des concessions envers le cocontractant, qu'elle nécessite de prendre en compte ses intérêts. Il ne remet donc pas en cause le principe d'une prise en compte des intérêts du cocontractant, mais simplement le degré de cette prise en compte : il ne faut tout de même pas sacrifier ses propres intérêts. De même, en interdisant d'agir en spéculant sur les faiblesses de l'autre, Larombière interdit de tirer profit de la faiblesse de l'autre, donc de ne nuire à ses intérêts, ce qui révèle une certaine bienveillance. Toute relation ne peut donc être écartée, dans les écrits de cette époque, entre bonne foi et prise en compte des intérêts d'autrui. Mais, le lien entre la bonne foi et cette idée ressortira de façon plus évidente au cours des années suivantes.

B. Bonne foi et prise en considération des intérêts d'autrui chez les auteurs de la première moitié du vingtième siècle.

La relation entre bonne foi et idée de prise en considération des intérêts du partenaire contractuel, déjà mise en évidence par l'histoire de la notion, apparaît de façon prégnante dans de nombreux travaux doctrinaux de la période considérée.

Par exemple, les écrits de Gorphe laissent transparaître cette relation. Ainsi, a t'il pu écrire, dans sa thèse, que « La bonne foi, entendue spécialement comme volonté loyale et rentrant proprement dans la *Treu und Glauben*, est l'âme des relations juridiques. Elle est, dans une certaine mesure, la consécration du devoir moral de ne pas tromper autrui, qui n'est lui même qu'une application de la norme générale qui commande de ne pas faire de mal à son prochain ou de ne léser personne sans droit ou nécessité²³³. ». Le fondement de l'exigence de bonne foi paraît ici clairement exposé : la bonne foi se fonde bien sur l'idée qu'il convient de

²³² LAROMBIERE (M.), *op. cit.*, p. 363.

²³³ GORPHE (F.), *op. cit.*, p.45.

prendre en considération les intérêts d'autrui, en ne lui faisant pas de mal, et en ne le trompant pas.

Les travaux de Volansky apparaissent également intéressants à cet égard. Cet auteur, qui entend démontrer que le droit se fonde sur l'idée de bonne foi, insiste sur le caractère éminemment social de la notion de bonne foi. Pour lui, la bonne foi présuppose l'existence d'un rapport entre deux personnes. Elle est donc « une notion active de création et de fonction sociale²³⁴ ». Selon Volansky, « pour qu'une société soit possible, il faut qu'une entente soit réalisable entre ses membres, pour avoir des rapports ou des relations suivies²³⁵. », et c'est la bonne foi qui le permettra. Volansky cite alors Georges Chklaver, pour lequel « sans un minimum de bonne foi, la vie sociale devient impossible²³⁶ ». La bonne foi est donc le vecteur de l'entente avec l'autre. En tant que telle, elle présuppose la prise en compte de ses intérêts.

Enfin, les écrits de deux auteurs méritent une attention toute particulière : il s'agit de ceux de Ripert et de Demogue.

Les écrits de Georges Ripert méritent qu'il leur soit porté une attention certaine, dans la mesure où la pensée de cet auteur n'est pas absente de toute considération religieuse. Elle en est même profondément empreinte, puisque, s'interrogeant sur les rapports du droit et de la morale, il se propose de montrer par quelques exemples à quel point la théorie de l'obligation se rattache à la vie morale²³⁷. Or, il affirme très clairement que la morale dont il s'agit est la morale propre aux sociétés chrétiennes²³⁸. Puisque la bonne foi constitue justement pour lui une manifestation de la prise en compte de la morale dans le droit²³⁹, il en résulte donc qu'elle est d'inspiration religieuse. Toutefois, si l'étude de ses travaux se justifie néanmoins dans le cadre des origines laïques de la notion, c'est justement en ce qu'ils sont originaux au regard des autres études doctrinales de l'époque. Ils témoignent de la volonté de Georges Ripert de révéler à quel point les solutions de droit des obligations sont issues de considérations propres à la morale religieuse. Il apparaît ainsi intéressant de mettre en relief le caractère singulier de

²³⁴ VOLANSKY (A.), *op. cit.*, p.164.

²³⁵ *Id.*, p.196.

²³⁶ *Id.*, p.199.

²³⁷ RIPERT (G.), *op. cit.*, *supra* notre note n°44.

²³⁸ *Id.*, p.32.

²³⁹ *Id.*, p.6.

sa pensée au regard des autres approches de la bonne foi menées à cette époque, qui ne révèlent pas expressément de prise en compte de considérations religieuses, et doivent en tant que elles être qualifiées de laïques. Toute la portée de la pensée de Ripert semble donc ressortir lorsqu'elle est analysée dans le contexte de son époque.

La bonne foi est selon lui exigée autant lors de la formation que lors de l'exécution du lien obligatoire : « Ainsi, au moment de la formation du lien obligatoire, et sous couleur de respecter la liberté des consentements ou d'empêcher la spéculation, on exige un respect mutuel de la bonne foi. Le Code civil l'exige encore dans l'exécution de l'obligation²⁴⁰. ».

Ripert envisage la bonne foi dans un paragraphe consacré aux effets de la fraude dans les actes juridiques. Evoquant d'abord le précepte selon lequel nul ne doit nuire à autrui²⁴¹, il énonce par la suite que la lutte des intérêts privés est « inévitable et, dans une certaine mesure, légitime. L'égoïsme des mobiles est la règle dans le commerce juridique²⁴². ». Il est significatif que Ripert évoque la lutte des intérêts avant d'évoquer la bonne foi. En effet, il va considérer que la bonne foi constitue la limite à ce choc des intérêts, et implique dès lors la prise en compte des intérêts d'autrui.

Cela est marquant lorsque, à la suite, il fait référence au dol et à quelques exemples de lutte contre la spéculation illicite²⁴³. La prise en compte du dol et de la spéculation illicite constituent pour Ripert des illustrations de la prise en compte de la bonne foi.

A propos du dol, il écrit : « Que la lutte des intérêts soit la condition même du progrès économique ou qu'elle manifeste au contraire l'infériorité de l'organisation économique présente, qu'elle soit désirable ou tolérée, elle existe, et le droit civil doit en tenir compte. Ce droit marque la limite de la ruse autorisée en admettant le dol parmi les vices du consentement²⁴⁴. ». Ainsi, sans conduire à renier ses intérêts, le dol, lié à la bonne foi, limite la lutte des intérêts, et traduit la nécessaire prise en compte des intérêts du partenaire. Il est permis de défendre ses intérêts, mais dans une certaine limite. Cette limite atteinte, il faut

²⁴⁰ *Id.*, p.297.

²⁴¹ *Id.*, p.293.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ *Id.*, pp.294-297.

²⁴⁴ *Id.*, p.294.

prendre en considération les intérêts d'autrui, et c'est ce que la bonne foi, via le dol, vient imposer.

Cette idée apparaît à nouveau à propos de la spéculation illicite. Cette dernière marquerait la rencontre de la morale et du droit. Si la technique juridique impose de ne pas condamner le spéculateur lorsqu'il n'emploie pas de manœuvres frauduleuses²⁴⁵, la morale, la bonne foi, exigerait que soit considéré comme coupable celui qui spécule sur les besoins d'autrui, tout au moins lorsqu'il recherche dans cette spéculation un bénéfice exagéré²⁴⁶. La bonne foi traduirait ainsi la nécessité d'aller à l'encontre de la spéculation illicite, caractérisée par une carence dans la prise en compte des intérêts d'autrui. Il faut défendre ses intérêts, mais la bonne foi impose que ce ne soit que dans une certaine mesure, en respectant les intérêts d'autrui.

Cette mise en relation de la bonne foi et de la prise en considération des intérêts d'autrui est à nouveau mise en évidence quant à l'exécution du contrat : « Le créancier et le débiteur d'une obligation contractuelle sont donc tenus de respecter le rapport juridique qui les unit en agissant de bonne foi l'un envers l'autre. L'existence de la situation contractuelle leur crée en quelque sorte des devoirs particuliers. Ils ont sans doute des intérêts opposés, mais la loi commune qu'ils se sont donnée leur impose une conduite morale, et le juge ne manquera jamais d'apprécier cette conduite²⁴⁷. ». Ainsi, une nouvelle fois, s'il est permis de défendre ses intérêts, il faut respecter la morale, la bonne foi. Il ne faut pas aller dans une trop grande mesure à l'encontre des intérêts de l'autre. La bonne foi sera le vecteur de cette prise en considération des intérêts d'autrui. Cette mise en relation entre bonne foi et prise en considération des intérêts d'autrui ressort de façon encore plus évidente dans les travaux de Demogue.

Demogue a entendu renouveler la conception du contrat, au contact de l'idée de bonne foi. En rapport avec cette dernière, il énonce ainsi la théorie dite du microcosme contractuel : « Quand on lit les civilistes, il semble que le contrat ayant engendré au profit d'une partie ou des deux autres une créance, celle-ci déroule logiquement ses conséquences par des droits

²⁴⁵ *Id.*, p.297

²⁴⁶ *Ibid*

²⁴⁷ *Id.*, p.298.

divers qui en sortent : droit à exécution, droit à des dommages et intérêts, etc. En réalité le contrat s'exécute autrement. Les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union. Le créancier quant à la protection qu'il doit recevoir n'est pas seulement créancier, il peut avoir un devoir de collaboration²⁴⁸. ».

Comme dans toute société, trois pouvoirs, législatif, judiciaire et exécutif s'exercent : « tout microcosme tendant à se donner les caractères d'une société : un pouvoir législatif, une justice, une force d'exécution, on verra apparaître quelque fois un embryon de pouvoir législatif. Une décision prise à la majorité pourra dans le cadre du but essentiel légiférer sur les meilleurs moyens de l'atteindre. Un contractant pourra aspirer à être une sorte de juge de certains points : qualité des fournitures, moralité d'un sous-locataire. Un faible droit d'exécution privé éveillera l'idée d'une force privée assurant l'exécution du contrat²⁴⁹. ».

La conception du contrat que révèle Demogue, liée à l'idée de bonne foi, fait assez clairement référence à la nécessité de prendre en considération les intérêts d'autrui, déjà révélée par l'histoire. En effet, chaque contractant ne doit pas se contenter d'assurer le respect de ses intérêts, mais il doit encore assurer la satisfaction de l'intérêt commun. Prendre en compte l'intérêt commun implique forcément la prise en compte de l'intérêt de l'autre, et non seulement son propre intérêt. Cette idée est d'ailleurs présente lorsque Demogue tire les conséquences de la théorie du microcosme contractuel.

De cette dernière, découlent pour Demogue de multiples obligations pour les contractants. D'abord, la bonne foi implique un principe de collaboration renforcée entre créancier et débiteur dans l'exécution de la convention. A ce sujet, il écrit que « tout ceci se rattache à l'idée de solidarité entre créancier et débiteur dans l'intérêt social, et au point de vue des textes cela découle de l'article 1134, alinéa 3²⁵⁰. ». L'idée de solidarité évoque ici assez sensiblement celle de prise en compte des intérêts d'autrui. De là découlent plusieurs

²⁴⁸ DEMOGUE (R.), *op. cit.*, p.9.

²⁴⁹ *Id.*, p.10.

²⁵⁰ *Id.*, p.17.

conséquences concrètes. Demogue semble d'abord reconnaître l'existence d'une obligation d'information lors de la formation du contrat²⁵¹. En outre, le créancier supporte un devoir de faciliter l'exécution des obligations par le débiteur, et de ne pas rendre plus difficile cette exécution. De là découlent les exigences d'accomplir les actes nécessaires à l'exécution de l'obligation, d'informer son partenaire dans l'exécution du contrat, de prévenir et de limiter le dommage à charge du débiteur²⁵². Il résulte clairement de ces écrits de Demogue que chaque partie doit prendre en compte les intérêts de l'autre.

Une autre conséquence de la bonne foi réside dans l'obligation de diligence qui s'impose au débiteur dans l'exécution du contrat²⁵³. Le débiteur doit se conduire en bon père de famille. En cela, il est notamment contraint à une obligation de confidentialité vis-à-vis des tiers, pendant l'exécution du contrat. Il en résulte nettement que le débiteur doit tout faire pour favoriser la réalisation du but commun, et, par là même, prendre en considération les intérêts de l'autre, ne pas être égoïste.

De la théorie du microcosme contractuel, découlent donc un nombre important de conséquences pratiques, au nom de la bonne foi. Les conséquences issues de la bonne foi révèlent la nécessité de prendre en compte les intérêts d'autrui. La pensée de Demogue fait donc appel à cette idée, déjà mise en évidence, au contact de la bonne foi.

Ainsi, les écrits de Demogue attestent de la nécessité de porter un jugement nuancé sur le traitement de la bonne foi au cours de la période considérée : si, pour certains, l'importance de la bonne foi en tant que concept autonome est fortement réduite au nom de l'autonomie de la volonté, elle constitue pour d'autres une notion dont la fonction est beaucoup plus dynamique. De même, si certains ont ignoré toute réflexion sur les fondements de la bonne foi, d'autres l'ont clairement mise en relation avec l'idée de prise en compte des intérêts d'autrui. A ces deux égards, la pensée d'une partie de la doctrine paraît donc s'inscrire dans la

²⁵¹ *Id.*, p.18.

²⁵² Pour une synthèse des conséquences de l'exigence de faciliter l'exécution des obligations, voir ROMAIN (JF.), *op. cit.*, pp.154-155.

²⁵³ Pour la mise en évidence de cette obligation de diligence, voir *id.*, pp.157-158.

continuité de l'histoire de la bonne foi, alors que celle d'une autre branche de la doctrine paraît, à l'échelle historique, beaucoup plus isolée.

En conclusion de cet aperçu des origines historiques de la bonne foi, il apparaît en fin de compte, qu'en dehors des conceptions développées par une partie de la doctrine des dix-neuvième et vingtième siècle, qui accusent un certain isolement par rapport aux précédents historiques, plusieurs idées directrices marquent le développement de cette notion.

Tout d'abord, il semble que la bonne foi soit d'abord et avant tout une notion répondant à des impératifs dépassant largement le domaine du droit, et *a fortiori* du droit des contrats. A Rome, elle répond ainsi prioritairement à des exigences socio-religieuses. Par la suite, son histoire apparaîtra longtemps marquée par des considérations religieuses. La bonne foi est donc d'abord née de nécessités extérieures à la matière purement contractuelle.

D'ailleurs, il faut certainement mettre ce constat en relation avec le fait qu'au regard de son histoire, elle doit être considérée comme une notion de première importance, et que son domaine d'application ait souvent été défini de façon extrêmement large, que ce soit au sein de la matière juridique ou dans le domaine plus réservé du seul droit des contrats.

Enfin, l'idée de prise en considération des intérêts d'autrui semble avoir résisté aux assauts du temps, et se retrouve, au cours de l'histoire et sous des formes diverses, au contact de la bonne foi.

Dés lors, s'il ne faut pas occulter les infinies nuances dont ont été assorties ces quelques considérations au cours des siècles, ces lignes directrices ressortent nécessairement de l'étude menée.

Ainsi, le passé de la bonne foi permet de révéler ce qui l'a façonnée, ce qui l'a constituée, et de mieux comprendre ce qu'elle est. En cela, il constitue un guide d'une grande fiabilité dans l'opération de découverte des fondements de la bonne foi. A n'en pas douter, les enseignements de l'histoire permettent d'éclairer très nettement, dans l'optique de la

recherche de l'unité fondamentale de la bonne foi, la définition actuelle des fondements de la bonne foi.

PARTIE 2 : LA DEFINITION ACTUELLE DES FONDEMENTS DE LA BONNE FOI A LA LUMIERE DES ENSEIGNEMENTS DE L'HISTOIRE

Aujourd'hui, tout semble avoir été dit sur le thème de la bonne foi, cette dernière ayant fait l'objet de beaucoup d'attention de la part des juristes au cours de ces dernières années. Pourtant, la bonne foi semble résister à toute définition précise, et ses manifestations paraissent extrêmement diffuses. Il semble impossible de caractériser une notion unitaire de la bonne foi. Toutefois, il apparaît que l'étude des fondements de la bonne foi n'a guère été approfondie en doctrine. N'y a-t-il pas dans cette étude matière à remettre en cause l'affirmation de l'impossible unité de la notion de bonne foi ? C'est en ce sens que la définition des fondements de la bonne foi paraît pertinente. Ne révèle-t-elle pas que, telle qu'elle apparaît dans le droit français d'aujourd'hui, la bonne foi correspond fondamentalement à une seule idée ? Ne révèle-t-elle pas que la bonne foi se fonde en réalité en dehors du contrat, qu'un contrat ait ou non été conclu, et qu'elle est dès lors insusceptible d'être considérée, lorsque le contrat est en cours d'exécution, comme une obligation contractuelle, sanctionnée par la responsabilité contractuelle et dépendante de la force obligatoire du contrat, se différenciant ainsi de la bonne foi exigée lors de la formation du contrat ? Il ne semble possible de se résoudre à nier l'unité de la bonne foi qu'après avoir testé la validité de ces hypothèses. Ce sont ces deux questions majeures qui constituent l'intérêt d'une définition des fondements actuels de la bonne foi : la bonne foi répond-elle fondamentalement à une ou plusieurs idées ? La bonne foi est-elle susceptible de se fonder dans le contrat, de s'inscrire au sein du champ contractuel, ou se fonde-t-elle toujours à l'extérieur de ce dernier ?

Or, il apparaît que l'étude historique a révélé ses richesses à ces deux points de vue.

Dés lors, pourquoi ne pas utiliser les enseignements de l'histoire pour définir aujourd'hui les fondements de la bonne foi ? L'histoire de la bonne foi est longue, la notion est ancienne. Les siècles l'ont ainsi façonnée, lui ont attribué une signification et une valeur propres. L'étude historique permet donc de guider celui qui entend définir aujourd'hui les fondements de la bonne foi, en lui révélant ce qui constitue son essence.

Les siècles ont enseigné que la bonne foi était liée à l'idée de prise en considération des intérêts d'autrui. Or, cette idée trouve de nos jours des échos, en relation avec la bonne foi. Finalement, il s'avère que la mise en rapport par l'histoire de la bonne foi et de l'idée de prise en considération des intérêts d'autrui permet d'identifier et de définir, aujourd'hui, l'altruisme au fondement de la bonne foi, comme idée unique à l'origine de toutes ses manifestations (Chapitre I.).

Les siècles ont également enseigné que la bonne foi était une notion d'importance première, souvent apparue comme étrangère à la matière purement contractuelle, dépassant le seul cadre de l'exécution du contrat, répondant à des exigences qui lui sont supérieures. Il semble que cette extériorité du fondement de la bonne foi au contrat soit encore susceptible d'être caractérisée de nos jours. Dés lors, elle apparaît comme intrinsèque à la bonne foi, et il faut admettre que cette dernière se fonde dans le seul domaine extra contractuel (Chapitre II.).

CHAPITRE I.

LE FONDEMENT DE LA BONNE FOI DANS LA SEULE IDEE D'ALTRUISME.

Il apparaît que la bonne foi se fonde dans la seule idée d'altruisme, qu'il convient de cerner (Section I.). Cette idée se révèle être à la source de toutes les manifestations de la bonne foi en droit français contemporain (Section II.).

SECTION I. : LA NOTION D ALTRUISME.

Le rapprochement des enseignements de l'histoire, mettant en valeur le lien entre bonne foi et idée de prise en compte des intérêts d'autrui, et de la doctrine contemporaine relative aux fondements de la bonne foi, permet d'identifier l'altruisme au fondement de la notion (§1.), puis de définir précisément cette notion, ce qui s'avère essentiel (§2.).

§1. Identification de l'idée d'altruisme au fondement de la bonne foi.

La doctrine contemporaine, qui permet de témoigner des idées de son temps, n'est pas riche en développements sur le thème des fondements de la bonne foi. Rares sont les auteurs qui se penchent sur la question de façon approfondie²⁵⁴.

M.Ghestin est l'auteur d'une réflexion de grande ampleur sur les fondements de la force obligatoire du contrat. Pour cet auteur, le contrat n'est obligatoire que s'il est respectueux de l'utile et du juste²⁵⁵. L'utile et le juste doivent alors guider tout le régime juridique du contrat²⁵⁶. Dès lors, la bonne foi semble répondre fondamentalement à un souci de justice. Pourtant, il ne semble pas possible d'affirmer que pour M.Ghestin, la bonne foi se fonde dans un idéal de justice. Pour cet auteur, « La loyauté dans les contrats est le complément nécessaire de la justice contractuelle²⁵⁷ ». Ainsi, justice et loyauté paraissent répondre aux mêmes objectifs, mais il ne semble pas possible d'affirmer que pour M.Ghestin, la justice se situe en amont de la bonne foi. Bonne foi et justice paraissent davantage se situer à un même niveau, puisque l'une est le complément de l'autre. Répondant à un même

²⁵⁴ Voir pour ce constat nos développements, *supra*, p.11.

²⁵⁵ GHESTIN (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, Chronique p.1.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ GHESTIN (J.), *op. cit.*, *supra* notre note n°21, p.231.

objectif, elles sont avant tout complémentaires. La bonne foi permettrait de réaliser un idéal de justice, mais ne se fonderait pas à proprement parler dans l'idée de justice. La référence à l'idéal de justice permettrait de définir sa fonction, pas son fondement.

C'est alors à une doctrine s'inscrivant dans un courant dit solidariste qu'il est permis de s'intéresser. En effet, un auteur a mis en relief le lien qui existait entre les idées solidaristes et l'exigence de bonne foi dans les contrats²⁵⁸. Evoquant la pensée de Demogue, il a ainsi pu écrire : « Si l'on quitte Saleilles pour Demogue, c'est un autre pan considérable du droit des contrats que le solidarisme bouleverse : celui de la formation et de l'exécution des contrats de bonne foi qui prend aujourd'hui une place considérable²⁵⁹. ».

Si cette doctrine doit attirer l'attention, c'est en grande partie en raison du fait qu'elle permet d'établir le lien entre l'histoire de la bonne foi et sa réalité contemporaine. En effet, les auteurs prônant l'idée du solidarisme contractuel invoquent la nécessité de réhabiliter dans le droit actuel cette manière de concevoir le contrat, affichée en son temps, semble t'il, par Demogue, et susceptible d'expliquer la raison d'être de la bonne foi. Or, on a pu juger que la pensée de Demogue s'inscrit dans le droit fil de l'histoire de la bonne foi en témoignant de la présence, au contact de la notion, de l'idée de prise en compte des intérêts d'autrui²⁶⁰.

La pensée de Demogue serait d'actualité. Ainsi, l'idée de prise en compte des intérêts d'autrui serait encore invoquée aujourd'hui en relation avec la bonne foi. Serait-elle intrinsèquement liée à la bonne foi ?

S'il convient d'abord, afin de mieux cerner ses implications actuelles, d'exposer la doctrine solidariste telle qu'elle est apparue à la fin du dix-neuvième siècle et au début du siècle dernier (A.), il faut ensuite tirer les conséquences de son renouveau contemporain, qui atteste de la continuité au fondement de la bonne foi d'une même idée, qui lui semble ainsi intrinsèquement liée (B.).

A. Exposé de la doctrine solidariste.

²⁵⁸ JAMIN (C.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIème siècle, études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p.341

²⁵⁹ *Id.*, p.451.

²⁶⁰ Voir nos développements, *supra* pp.75-77.

L'intérêt de s'attacher, dans le cadre de l'entreprise de définition des fondements actuels de la bonne foi, à l'étude d'une doctrine de philosophie politique ancienne (1.), qui a connu des applications juridiques au début du vingtième siècle (2.), tient uniquement au fait qu'il est important de cerner précisément ses fondements et ses implications face au phénomène actuel de renouvellement de ces idées.

1. La doctrine de philosophie politique.

Le « père » du solidarisme est Léon Bourgeois. Cet homme politique de grande notoriété fut l'auteur, en 1896, d'un opuscule intitulé « Solidarité », qui expose les grandes lignes de la doctrine²⁶¹. L'idée fondamentale de Léon Bourgeois est qu'il « y a entre chacun des individus et tous les autres un lien nécessaire de solidarité²⁶². ». La solidarité est pour lui un fait naturel et social. La solidarité est d'abord une loi naturelle²⁶³, qu'il est possible d'appliquer à la société humaine : l'homme est solidaire de ses semblables, de son milieu. La solidarité est également un fait social, puisque « L'évolution des sociétés tend donc naturellement à cet état où chacune des activités individuelles aura la liberté d'atteindre à son plus haut degré d'énergie et consacrerait aussi complètement cette énergie au développement de l'œuvre commune²⁶⁴. ». Les hommes sont donc interdépendants, du fait qu'ils naissent en société.

Bourgeois défend une conception contractualiste de la société. La société doit être conçue de telle façon que les hommes y sont associés à une œuvre commune et obligés les uns envers les autres par la nécessité d'un but commun. La législation positive devra être l'expression de cette association, elle sera le produit des hommes. Il est alors possible d'établir un parallèle entre la pensée de Bourgeois et celle de Rousseau relative au contrat social. Toutefois, Bourgeois ne défend pas l'idée d'une convention préalable liant les hommes entre eux. Pour Bourgeois, les hommes sont débiteurs de la société dès leur naissance. Ne pouvant vivre sans la société, ils sont débiteurs envers elle. Cette dette s'étend alors à l'humanité tout entière. Elle se fonde, selon Bourgeois, sur un quasi-contrat, contrat

²⁶¹ BOURGEOIS (L.), *Solidarité*, réimpression, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1998.

²⁶² *Id.*, p.15.

²⁶³ *Id.*, p.24.

²⁶⁴ *Id.*, p.28.

rétroactivement consenti, qui sera la forme juridique de la double dette sociale, correspondant au devoir de solidarité envers nos semblables et envers nos descendants²⁶⁵.

La doctrine solidariste connut un grand succès au début du siècle, au point qu'elle fut considérée par certains comme la doctrine officielle de la République radicale. Mais, elle correspond en fait à une étape d'un mouvement beaucoup plus vaste. Sur le plan politique, elle correspond à une tentative de conciliation entre libéralisme et socialisme²⁶⁶. Sur le plan sociologique, elle peut s'inscrire dans la continuité d'un mouvement de critique de la liberté consacrée par la philosophie des Lumières, et amorcé par Auguste Comte (1798/1857), puis poursuivi par Durkheim (1858/1917) et Duguit (1859/1928)²⁶⁷. Dans le même esprit et avant Bourgeois, Pierre Leroux (1797/1871) et Charles Renouvier (1815/1903) avaient déjà développé des idées solidaristes, Alfred Fouillée (1838/1912) synthétisant l'ensemble de ces inspirations et constituant la philosophie de la solidarité comme une doctrine autonome²⁶⁸.

Cette doctrine de philosophie politique a connu des implications juridiques.

2. Application de la doctrine au droit.

Sur le plan juridique, les manifestations du solidarisme sont conséquentes. Il est usuel de faire référence à l'instauration de l'impôt progressif sur le revenu, ou à l'avènement de la théorie du risque en matière de responsabilité civile²⁶⁹.

Ainsi, au tournant des dix-neuvième et vingtième siècles, le solidarisme va constituer une réponse à la doctrine juridique individualiste classique, issue de la philosophie contractualiste des Lumières. En effet, au dix-neuvième siècle, le droit est influencé par le libéralisme ambiant²⁷⁰. A la fin du dix-neuvième- siècle, les juristes, influencés par le discours

²⁶⁵ L'ensemble de cette conception de la société est exposé au sein de l'ouvrage de Bourgeois précité, *supra* notre note n°263 ; pour un abrégé de la doctrine solidariste, voir également JAMIN (C.), *op. cit.*, pp.446-447.

²⁶⁶ Voir pour la mise en évidence de cette volonté de conciliation chez les solidaristes DUBOIS (P.), *Le solidarisme*, Thèse Lille II dactylographiée, 1985, pp.48-49.

²⁶⁷ Voir à ce sujet NIORT (JF.), « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *RRJ*, 1994-3, pp.777-781.

²⁶⁸ Voir à ce sujet *id.*, pp.782-786.

²⁶⁹ Voir JAMIN (C.), *op. cit.*, p.447.

²⁷⁰ NIORT (JF.), *op. cit.*, p.775.

sociologique et politique, découvrent un nouveau discours. Selon M.Niort, il faut évoquer deux « révolutions conceptuelles principales²⁷¹ ». D'une part, la doctrine civiliste établit une dissociation entre le droit et la loi. A côté des sources « formelles » du droit (loi, règlement, jurisprudence) sont mises en avant ses sources « réelles ». Le droit n'est plus conçu comme l'œuvre arbitraire du législateur, mais comme le produit du milieu social²⁷². D'autre part, les juristes mettent en relief à cette époque la finalisation sociale du droit individuel. L'individu a des devoirs envers la société, envers le groupe. Ainsi, ce dernier devient titulaire de droits et il est nécessaire de prendre en considération l'intérêt du groupe²⁷³.

Dans le domaine plus particulier du droit des contrats, le développement de tels discours a pu provoquer la remise en cause du dogme de l'autonomie de la volonté. Selon ce principe, la volonté se suffit à elle-même, c'est le règne du consensualisme, par opposition au formalisme ; chaque individu est le meilleur défenseur de ses intérêts, l'accord des volontés scelle nécessairement un accord juste. Le solidarisme implique que la volonté ne soit plus considérée comme première. Les auteurs affichent la primauté du social. Dès lors, la volonté doit être soumise à des exigences sociales supérieures, à des impératifs de solidarité sociale. Les volontés individuelles doivent se soumettre au contrôle social²⁷⁴.

De ce courant de pensée, se dégagent des conséquences relevant de la technique contractuelle. Comme l'a mis en évidence M.Jamin, les réflexions de Saleilles sur le contrat d'adhésion sont issues de ce mouvement : pour lui, « un contrat d'adhésion n'est pas un contrat, car il n'est pas une œuvre de solidarité contractuelle, et il doit être interprété pour cette raison en fonction des intérêts de la collectivité²⁷⁵. ». De même, pour Saleilles, les groupements doivent disposer d'un intérêt propre qui dépasse celui de leurs membres, et ceux qui les représentent doivent faire prévaloir l'intérêt général sur des intérêts particuliers. Cela témoigne d'une conception solidariste de la représentation au sein des groupements²⁷⁶. Il est

²⁷¹ *Id.*, p.786.

²⁷² *Id.*, pp.786-787.

²⁷³ *Id.*, p.787.

²⁷⁴ Voir à ce sujet JAMIN (C.), *op. cit.*, pp.447-450.

²⁷⁵ *Id.*, p.450.

²⁷⁶ Voir *id.*, p.452.

encore possible d'évoquer la conception de l'abus des droits chère à Josserand, selon laquelle les droits doivent être exercés dans l'intérêt de la communauté²⁷⁷.

Mais, il est fondamental de relever que ce mouvement de pensée peut également expliquer la conception de Demogue de la bonne foi. L'affirmation selon laquelle les contractants forment une sorte de microcosme, une petite société, pourrait s'expliquer par référence au courant solidariste.

Pourtant, nombre d'auteurs actuels n'y ont guère prêté attention. Pour certains, la référence au microcosme contractuel et à la petite société formée entre les contractants ne relève que de la fiction : « il nous paraît néanmoins que cette théorie, en dépit du pouvoir de fascination et d'attraction qu'elle a pu exercer, s'appuie davantage sur une fiction que sur les fondements réels de la bonne foi²⁷⁸. ». Demogue n'aurait pas développé de réelle réflexion sur le thème des fondements de la bonne foi, et l'explication du respect de la bonne foi en raison de l'existence d'un microcosme ne « s'accompagne pas d'une réflexion sur les fondements de ce microcosme sociétaire et institutionnel²⁷⁹. ».

Pour un autre auteur, l'exigence de bonne foi ne reposerait chez Demogue que sur une conception utilitariste de la notion²⁸⁰. Cet auteur relève ainsi que Demogue expose d'abord sa vision communautaire du contrat, où chacun doit travailler dans un but commun, et note que ce n'est qu'après qu'il en déduit que le créancier peut avoir un certain devoir de collaboration et devra supporter une responsabilité s'il y manque²⁸¹. A en croire M.Stoffel-Munck, « Cette étape change beaucoup de choses », car « c'est, beaucoup plus spécifiquement, la recherche de la meilleure réalisation du but contractuel qui justifie le « devoir de collaboration ». C'est donc parce que la collaboration est utile au contrat que collaboration il y a²⁸². ». Pour Demogue, la bonne foi ne traduirait donc pas une exigence de moralité dans le comportement, elle ne serait qu'une suite nécessaire à l'exécution du contrat tel qu'il avait été envisagé, une

²⁷⁷ *Id.*, pp.452-453.

²⁷⁸ ROMAIN (JF.), *op. cit.*, p.165.

²⁷⁹ *Id.*, p.167.

²⁸⁰ STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, *supra* notre note n°17, p.71.

²⁸¹ *Id.*, p.70.

²⁸² *Ibid.*

fonction de l'opération économique poursuivie²⁸³. Demogue inscrirait l'article 1134, alinéa 3 dans le cadre d'une démarche d'interprétation complétive de la convention, relevant de la même démarche que celle issue de l'article 1135 du Code civil²⁸⁴. Il serait impossible de fonder la bonne foi chez Demogue sur « une exigence charitable de souci pour la personne d'autrui²⁸⁵. ».

Pourtant, il paraît tout à fait possible de développer une autre conception de la bonne foi telle qu'abordée par Demogue. En effet, s'il est établi que Demogue a pu tenir des propos évoquant la doctrine solidariste, il en résulte que la comparaison du contrat à un microcosme peut être interprétée comme une référence au courant solidariste.

Demogue est-il solidariste ? Ses écrits traduisent-ils une sensibilité aux idées solidaristes ? Dans un article à la Revue trimestrielle de droit civil de 1907, il écrivait déjà : « On reviendra du fétichisme de la volonté individuelle qui a encombré le droit civil au XIXe siècle. Le contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine²⁸⁶. ». L'auteur paraissait ainsi s'inscrire ouvertement dans le mouvement de remise en cause du dogme de l'autonomie de la volonté au nom du contrôle du contrat par les impératifs de solidarité sociale. De même, a-t-il pu préciser, dans un commentaire de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, que la collaboration des parties, leur association, aidera à mieux servir l'utilité sociale, et que « l'on doit rappeler que la loi ne consacre l'obligation que pour des raisons d'utilité sociale, sans quoi elle abandonnerait les individus aux heurts de leurs intérêts personnels²⁸⁷. ». Suit alors l'énoncé de l'idée de solidarité entre créancier et débiteur²⁸⁸. L'influence de la doctrine solidariste semble marquée. Il semble ainsi difficile de nier que Demogue ait été solidariste, d'autant plus qu'un auteur a nettement mis en évidence les intonations solidaristes de son discours : « C'est cette même primauté reconnue au fait social et à la solidarité qui est au cœur des réflexions de Demogue dont la pensée traduit le plus exactement la philosophie solidariste²⁸⁹. ». De même, a-t-il été mis en évidence qu'il tirait de la solidarité originaire des

²⁸³ *Id.*, p.71

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ DEMOGUE (R.), « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ.*, 1907, p.246.

²⁸⁷ FUZIER-HERMAN (R.), DEMOGUE (R.), *Code civil annoté*, Paris : éditeur inconnu, 1936, p.176.

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ JAMIN (C.), *op. cit.*, p.448.

hommes toute une série de conséquences pratiques, parmi lesquelles non seulement le devoir de coopération entre les parties, mais encore une théorie nouvelle de la représentation, ou la définition de la sanction de la lésion²⁹⁰.

Ainsi, si l'on admet que Demogue est bien solidariste, il apparaît que la comparaison du contrat et de la société prend tout son sens. Cela signifie que pour Demogue, le contrat doit être comme la société telle que conçue par la doctrine solidariste, et dans laquelle chaque membre est solidaire des autres. Il n'est, dès lors, pas possible d'affirmer que la référence au microcosme contractuel et à la petite société ne s'accompagne pas d'une réflexion sur les fondements de ce microcosme. Pour Demogue, la doctrine solidariste à laquelle il adhère doit trouver application dans le domaine du droit des contrats. Cela n'a d'ailleurs rien de surprenant, dans la mesure où la réflexion sur le contrat est importante chez les solidaristes. Il ne semble pas non plus possible d'affirmer, comme M.Stoffel-Munck, qu'on « ne s'accordera donc pas avec l'auteur quand il donnera son exposé comme une 'conséquence de la tendance solidariste à obliger les deux contractants à agir au mieux des intérêts de tous deux.'²⁹¹ », la référence à la bonne foi devant être, selon cet auteur, considérée faite dans une optique utilitariste. En effet, le sous-entendu solidariste paraît trop évident.

Si la référence à Demogue est ici pertinente en dehors de l'étude des origines historiques de la bonne foi, ce n'est qu'en raison du net regain d'actualité que connaissent ses idées. Certains auteurs actuels se réfèrent en effet expressément à sa pensée, et au mouvement qui la soutient. Dès lors, c'est dans cette optique que l'étude des idées solidaristes apparaît pertinente, puisqu'elle explicite les sous-entendus d'une doctrine actuelle.

Une fois mieux cernés les fondements de cette dernière, il convient de révéler tout l'intérêt qu'elle présente, en permettant d'établir la continuité de la présence, au fondement de la bonne foi, de l'idée d'altruisme, de prise en compte des intérêts d'autrui.

B. La continuité de la présence de l'idée d'altruisme au fondement de la bonne foi.

²⁹⁰ JAMIN (C.), « Notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, Paris : DALLOZ, PUF, Editions du Juris-classeur, 1999, p.137.

²⁹¹ STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, p.71.

L'idée selon laquelle la bonne foi répondrait fondamentalement à des préoccupations solidaristes est très actuelle.

Deux arrêts précurseurs auraient permis d'attirer l'attention sur cet esprit de solidarité dominant la sphère contractuelle²⁹². Ainsi, l'arrêt « Expovit » rendu par la Chambre sociale, le 25 février 1992²⁹³, aurait traduit l'exigence d'une certaine solidarité de l'employeur envers une salariée. En l'espèce, une salariée avait été licenciée pour suppression de poste. Toutefois, dix jours plus tard, une embauche avait eu lieu à un poste exigeant des compétences qui étaient vraisemblablement conformes aux aptitudes de la salariée licenciée. La Cour de cassation, après avoir affirmé 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 », a approuvé la Cour d'appel d'avoir jugé que le licenciement ne reposait pas sur un motif économique. L'arrêt peut être interprété comme traduisant l'exigence pour l'employeur de faire preuve de solidarité envers la salariée et de ne pas la licencier dans la mesure où il est capable de lui proposer une modification de son emploi. La solidarité impliquerait de ne pas exclure une partie du champ contractuel, dans la mesure où cela est envisageable. Il est frappant de noter en l'espèce la référence à la bonne foi.

Un deuxième arrêt aurait permis de prêter attention à la prise en compte de l'exigence de solidarité entre cocontractants : l'arrêt « Huard », rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 03 novembre 1992²⁹⁴. Par cet arrêt, la Cour de cassation a estimé qu'une Cour d'appel avait pu décider qu'en « privant M.Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi ». Malgré une nécessaire prudence dans l'interprétation de l'arrêt²⁹⁵, il a pu être interprété comme traduisant l'exigence d'une certaine solidarité entre les contractants. La nécessité, au nom de la bonne foi, de permettre à l'autre partie de pratiquer des prix concurrentiels peut être la conséquence de l'esprit de solidarité devant animer les relations entre contractants, afin d'éviter l'exclusion

²⁹² Voir à ce sujet JAMIN (C.), « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Dr. et patrimoine*, n°58, mars 1998, pp.54-55.

²⁹³ Cass. Soc., 25 février 1992, *Bull. civ.*, V, n°121, p.74 ; *D.* 1992, somm. p.294, obs. LYON-CAEN (A.) ; *D.* 1992, p.390, note DEFOSSEZ (M.).

²⁹⁴ Cass. Com., 3 novembre 1992, *Bull. civ.*, IV, n°340, p.242 ; *JCP, éd. G.*, 1993-II-22164, note VIRASSAMY (G.).

²⁹⁵ Voir à ce sujet JAMIN (C.), *op. cit.*, *supra* notre note n°292.

du marché ou la ruine du partenaire. Des conséquences quant à la possibilité, à certaines conditions, d'autoriser la révision du contrat, pourraient en être tirées²⁹⁶. L'idée de solidarité serait ainsi présente en jurisprudence au contact de la bonne foi, aujourd'hui.

Après la prise de conscience provoquée chez certains par ces deux arrêts, un auteur a affirmé son soutien à une perception solidariste du droit des contrats, affirmant l'existence d'une doctrine solidariste²⁹⁷. Le développement de ces idées solidaristes est devenu tel qu'a pu être écrit un véritable « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel²⁹⁸. ».

La référence au mouvement solidariste est donc très nette aujourd'hui, bien que ce courant s'avère encore minoritaire. Cette référence atteste de l'actualité, au fondement de la bonne foi, de l'idée de prise en compte des intérêts d'autrui. En effet, il a pu être remarqué que la pensée de Demogue traduisait la nécessité, au nom de la bonne foi, de s'intéresser à son partenaire²⁹⁹.

Or, cette idée de prise en compte des intérêts d'autrui a déjà été mise en évidence par l'histoire au contact de la notion de bonne foi. Il est donc possible d'établir, jusqu'à aujourd'hui, la continuité de sa présence au fondement de la bonne foi.

La continuité de cette présence est particulièrement marquante lorsque l'on ose mettre en relation la pensée de Domat et la doctrine solidariste, telle que prônée aussi bien au début du vingtième siècle qu'aujourd'hui.

D'une part, il est frappant de noter que l'idée sur laquelle s'appuie le raisonnement de Domat est sensiblement voisine de celle qui est à la base du solidarisme tel que défini par Léon Bourgeois. Ainsi, pour Domat, c'est l'interdépendance sociale des hommes qui crée le besoin d'amour mutuel. Dieu a créé le besoin de sociabilité entre les hommes, il crée chez eux une dépendance réciproque, et c'est ce qui explique que les hommes doivent s'aimer mutuellement, prendre en considération les intérêts d'autrui. La société a été bâtie de telle

²⁹⁶ *Id.*, pp.54-57.

²⁹⁷ MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, Paris : DALLOZ, PUF, Editions du juris-classeur, 1999, pp.632-634.

²⁹⁸ JAMIN (C.), *op. cit.*, *supra* notre note n°258.

²⁹⁹ Voir *supra*, nos développements pp. 75-77.

façon que nul ne peut se passer des autres³⁰⁰. Or, bien qu'empruntant d'autres formes, et connaissant des inspirations différentes, la pensée solidariste ne paraît guère éloignée à cet égard de celle de l'illustre juriste janséniste. En effet, dans la doctrine solidariste, les hommes naissent nécessairement dépendants les uns des autres, comme l'a exprimé Léon Bourgeois : « Ainsi les hommes sont, entre eux placés et retenus dans des liens de dépendance réciproque, comme le sont tous les êtres et tous les corps, sur tous les points de l'espace et du temps³⁰¹. ». Les hommes naissent dans une situation de dépendance réciproque, ils sont nécessairement solidaires les uns des autres dès leur naissance. C'est cette idée d'interdépendance qu'Alfred Fouillée a parfaitement exprimée, dans un passage de son ouvrage cité par M.Niort sur « Le socialisme et la sociologie réformiste », paru en 1909, à propos de ce qu'il appelle la justice de solidarité, « trop méconnue, qui veut que, faisant partie d'un même tout, ne pouvant nous mouvoir dans le milieu social sans que nos mouvements aient une répercussion en autrui, nous prenions en considération le bien des autres en même temps que notre bien propre³⁰². ». Les hommes sont donc nécessairement interdépendants, ils doivent être solidaires les uns des autres. Chez Domat comme chez les solidaristes, c'est l'interdépendance des hommes qui crée la nécessité de prendre en compte les intérêts d'autrui. Ainsi, il est frappant de constater la similitude des raisonnements. Cette ressemblance s'affiche également à un autre point de vue.

Chez Domat et Pothier, la bonne foi se fonde sur la règle d'amour mutuel entre les hommes. Chez Demogue, et selon le courant solidariste actuel, la bonne foi se fonde toujours sur l'idée selon laquelle les hommes doivent être solidaires les uns des autres, et ce qu'il soit possible ou non de caractériser un courant solidariste moral d'une part, et un courant solidariste social d'autre part³⁰³. Or, la charité, amour du prochain au sens théologique du terme, et la solidarité recouvrent la même réalité d'entraide entre les hommes. Finalement, les deux termes sont très proches. Cependant, il faut éviter une assimilation hâtive. En effet, la doctrine solidariste se veut avant tout rationaliste, positiviste et laïque. Les solidaristes étaient animés d'un profond sentiment d'inimitié à l'égard du catholicisme de leur époque, considéré

³⁰⁰ Voir *supra*, nos développements p.35.

³⁰¹ BOURGEOIS (L.), *op. cit.*, p.24.

³⁰² Cité par NIORT (JF.), *op. cit.*, p.785.

³⁰³ Voir au sujet de cette distinction STOFFEL-MUNCK (P.), note sous Cass. Com., 15 janvier 2002, *D.Aff.*, juin 2002, p.1979.

comme conservateur et autoritaire³⁰⁴. C'est ce qui explique notamment que Léon Bourgeois ait voulu réconcilier idée morale et méthode scientifique, afin que la morale ne s'appuie plus sur des croyances, mais sur la constatation impartiale des faits. Mais, au delà de cette nécessaire mise en garde contre tout rapprochement hâtif, il faut bien constater que la charité et la solidarité des solidaristes recouvrent largement la même idée. Ainsi, M.Dubois, auteur d'une thèse sur le solidarisme, a t'il pu écrire que « La solidarité, c'est en quelque sorte la charité sécularisée³⁰⁵. ». Simplement, elle n'impliquerait pas de référence à l'au-delà, pas de considération pessimiste³⁰⁶. La notion de solidarité a permis à l'Ecole du solidarisme de remplacer la charité par un terme à l'allure beaucoup plus scientifique. Mais, fondamentalement, les termes n'ont pas pour autant de signification réellement différente. Ils impliquent toujours la même idée de prise en considération des intérêts d'autrui. D'ailleurs, Léon Bourgeois a lui même effectué le rapprochement entre la doctrine de la solidarité et l'idée de charité : « au devoir moral de charité qu'a formulé le christianisme, et à la notion déjà plus précise, mais encore abstraite et dépourvue de sanction, de la fraternité républicaine, elle substitue une obligation quasi-contractuelle, ayant, comme on dit en droit, une cause et pouvant, par suite, être soumise à certaines sanctions : celle de la dette de l'homme envers les hommes, source et mesure du devoir rigoureux de la solidarité sociale³⁰⁷. ». La solidarité définie par les solidaristes aurait donc pour ambition de se substituer à la charité chrétienne, sans qu'existe de réelle différence de sens entre les deux notions.

Il est ainsi particulièrement frappant de noter que, de Domat, Pothier à aujourd'hui, via le renouveau du courant solidariste, c'est fondamentalement la même idée qui est invoquée pour fonder l'exigence de bonne foi dans les contrats. L'idée de prise en compte des intérêts d'autrui, exprimée à maintes reprises au cours de l'histoire de la bonne foi, est encore invoquée aujourd'hui.

Cette continuité est encore frappante lorsque l'on parcourt les lignes écrites par M.Mazeaud au sujet du solidarisme contractuel. Pour lui, il signifie que « la force du lien contractuel ne doit pas pouvoir aller jusqu'à occulter les légitimes intérêts d'un des

³⁰⁴ DUBOIS (P.), *op. cit.*, p.10.

³⁰⁵ *Id.*, p.123.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ BOURGEOIS (L.), *op. cit.*, p.54.

partenaires contractuels. La vigueur juridique du lien ne saurait en aucun cas justifier l'anéantissement économique d'un des contractants. L'article 1134, alinéa 1^{er} du Code civil ne peut constituer l'alibi permettant à un contractant de confisquer le contrat à son seul profit, au point de sacrifier les intérêts de son partenaire ; l'article 1134, alinéa 3, au nom de l'idée de bonne foi, s'y oppose³⁰⁸ ». La bonne foi se fonderait ainsi sur l'idée qu'il faut prendre en considération les intérêts de son partenaire contractuel.

Au delà du courant proprement qualifiable de solidariste, cette idée de prise en considération des intérêts d'autrui se manifeste encore dans les écrits d'autres auteurs. Ainsi, Mme Thibierge-Guelfucci a t'elle pu écrire au sujet de l'évolution de la théorie générale du contrat que « Par delà la nécessité quantitative d'un relatif équilibre des prestations et d'une quête d'égalité réelle des parties, se dessine aujourd'hui une aspiration qualitative qui conduit à se soucier de l'autre et de ses intérêts, à mettre ses forces en commun au service du contrat, en une exigence d'une sorte de solidarité, voire de fraternité contractuelle. Le souci n'est plus seulement d'être juste ; il est aussi d'être altruiste³⁰⁹ ». De ces considérations, l'auteur déduit notamment le principe de fraternité contractuelle qui devrait constituer un principe directeur de la théorie générale du contrat. Elle le définit ainsi : « En vertu de ce principe de fraternité contractuelle, chacun des contractants est tenu de prendre en compte, par delà son propre intérêt, l'intérêt du contrat et celui de l'autre partie, en se déployant à leur service, voire en acceptant certains sacrifices, afin de favoriser la conclusion, l'exécution et le maintien du contrat compris comme la base d'une collaboration³¹⁰ ». Or, il est frappant de relever que l'auteur cite comme illustrations de l'existence de ce principe de fraternité contractuelle certaines manifestations de la bonne foi en droit contemporain. Certes, l'auteur affirme que justement, le terme de bonne foi est inapproprié, que la bonne foi est « étirée jusqu'à la déformation³¹¹ », et qu'il conviendrait de lui substituer le terme de fraternité contractuelle. Mais, au delà de cette prise de position, l'auteur marque parfaitement le lien entre la bonne foi et l'exigence de prise en considération des intérêts d'autrui.

³⁰⁸ MAZEAUD (D.), *op. cit.*, p.233.

³⁰⁹ THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), *op. cit.*, *supra* notre note n°48, pp.376-377.

³¹⁰ *Id.*, p.382.

³¹¹ *Id.*, p.384.

La pensée d'Alain Sériaux évoque encore les mêmes idées : « La bonne foi de l'article 1134 c'est, répétons-le, la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot, de l'aimer comme un frère³¹². ».

Comment ne pas établir le lien immédiatement avec la règle d'amour mutuel des hommes posée par Domat, par Pothier, avec les écrits des rédacteurs du Code civil ou des auteurs anciens ? Cambacérès avait affirmé que la bonne foi résultait de l'idée selon laquelle il n'est pas permis de chercher son intérêt aux dépens de l'intérêt d'autrui³¹³. Le discours prononcé lors de la présentation du projet de Code civil de la commission du gouvernement avait mis en relation l'exigence de bonne foi et la nécessité que les hommes ne se trompent pas en traitant ensemble³¹⁴. Au dix-neuvième siècle, Larombière avait implicitement admis que la bonne foi impliquait un certain désintéressement³¹⁵. Plus tard, Gorphe avait considéré que la bonne foi était la consécration du devoir moral de ne pas tromper autrui³¹⁶, Volansky insistant à la même époque sur la nature sociale de la bonne foi, vecteur de l'entente avec l'autre³¹⁷. Enfin, Ripert³¹⁸ avait considéré la bonne foi comme une limite au choc des intérêts individuels. Puis, bien sûr, Demogue a développé la théorie du microcosme contractuel³¹⁹. Fondamentalement, il s'est toujours agi de véhiculer, au contact de la bonne foi, l'idée de prise en compte des intérêts d'autrui.

Les idées développées par le courant solidariste et par quelques autres auteurs trouvent ainsi toute leur légitimité dans le fait qu'elles traduisent une continuité réelle dans la définition des fondements de la bonne foi. Il semble possible de trouver dans l'idée véhiculée par l'histoire le fondement de l'exigence de bonne foi dans les contrats. La bonne foi semble intrinsèquement liée à cette idée de prise en compte des intérêts d'autrui. Il ne s'agit guère d'une prise de position arbitraire, mais du constat de la persistance d'une idée à la base de la

³¹² SERIAUX (A.), *Droit des obligations*, 2^{ème} édition, Paris : PUF, 1998, p.229.

³¹³ Voir *supra*, nos développements pp.56-57.

³¹⁴ Voir *supra*, nos développements p.57.

³¹⁵ Voir *supra*, nos développements, pp.71-72.

³¹⁶ Voir *supra*, nos développements, p.72.

³¹⁷ Voir *supra*, nos développements, pp.72-73.

³¹⁸ Voir *supra*, nos développements, pp.73-75.

³¹⁹ Voir *supra*, nos développements, pp.75-77.

bonne foi, au cours des siècles. C'est donc l'histoire qui a permis d'identifier cette idée au fondement de la bonne foi. Il s'agit, finalement, de l'idée d'altruisme, qu'il convient de définir plus précisément. En effet, il est important de tenter de parvenir à une perception précise de l'altruisme, afin de ne pas aboutir à l'identification d'une idée vague, imprécise, dont l'intérêt serait très limité.

§2. Définition de l'idée d'altruisme au fondement de la bonne foi.

Il faut d'abord justifier l'utilisation du terme d'altruisme (A.), puis souligner sa nature morale (B.). Par la suite, il faut s'interroger sur ce qu'implique la notion : implique t'elle une réciprocité dans le comportement du partenaire contractuel (C.) ? Peut-elle impliquer le sacrifice par un contractant de ses propres intérêts (D.)?

A. Le terme d'altruisme.

La bonne foi se fonde dans l'idée de prise en considération des intérêts d'autrui. Pour véhiculer cette idée, certains auteurs, tels M.Jamin³²⁰ ou M.Mazeaud³²¹, parlent de solidarité, ce terme étant susceptible de recouvrir des exigences de loyauté, de solidarité ou de fraternité³²². D'autres auteurs parlent plus volontiers de fraternité contractuelle³²³ ou même d'amour entre contractants³²⁴. Le terme de solidarité pourrait paraître approprié pour exprimer l'idée de prise en compte des intérêts d'autrui, puisqu'il se définit couramment comme traduisant un sentiment d'interdépendance associant les membres d'un groupe humain dont il fonde l'entraide et la cohésion³²⁵. Mais, ce terme, bien qu'il connaisse des utilisations beaucoup plus larges, fait peut être trop directement référence au courant dit solidariste, alors qu'il semble qu'à l'échelle historique, ce mouvement ne traduise qu'une nouvelle expression d'une idée déjà ancienne. Le terme de fraternité pourrait être adapté, en ce qu'il désigne le

³²⁰ JAMIN (C.), « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *précité supra* notre note n°292 ; « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *précité supra* notre note n°258.

³²¹ MAZEAUD (D.), *op. cit.*, pp.632-634.

³²² *Id.*, p.632.

³²³ THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), *op. cit.*, p.382.

³²⁴ SERIAUX (A.), *op. cit.*, p.229.

³²⁵ *Le Maxidico, Dictionnaire encyclopédique de la langue française*, Paris : Editions de la connaissance, 1996.

lien qui unit des personnes ayant le sentiment d'appartenir à une même famille. Cependant, bien qu'il s'inscrive dans la devise républicaine, la référence au sentiment de famille pourrait paraître exagérée. Dès lors, si l'on écarte le terme de loyauté en raison des difficultés à appréhender sa signification, notamment en rapport avec la notion de bonne foi, quel terme pourrait s'avérer le plus approprié pour traduire la réalité de l'exigence de prise en compte des intérêts d'autrui ?

Cette dernière exigence fait référence à l'idée qu'il ne faut pas être égoïste et qu'il convient de se soucier de l'autre. Dès lors, pourquoi ne pas parler d'altruisme, puisque ce terme traduit la tendance à s'intéresser aux autres, la propension à aimer et à aider son prochain, à se montrer bienveillant, favorable, indulgent envers autrui ? S'opposant à l'égoïsme, ce terme traduit l'exigence de ne pas s'intéresser qu'à soi et de prendre en compte l'intérêt de son partenaire. Il n'est pas nécessaire de recouvrir le terme de son sens philosophique, selon lequel l'altruisme est la doctrine qui considère le dévouement comme la règle idéale de conduite morale. Le terme d'altruisme, tel qu'il permet de caractériser l'idée à la base de la bonne foi, véhicule simplement l'idée du souci de l'autre, de prise en compte de ses intérêts. En tant que tel, il traduit des considérations morales.

B. Altruisme et morale.

Le fondement de la bonne foi dans l'idée d'altruisme traduit son fondement dans la morale, du moins, semble-t-il³²⁶ dans le domaine de la morale qui présente un aspect social, et qu'un auteur a pu définir ainsi : « Vivre, c'est communiquer avec ses semblables, c'est collaborer. Parmi les normes morales, un lot important réglemeta donc nos rapports avec autrui. Elles nous apprendront à respecter les droits de ceux qui nous entourent, à pratiquer les devoirs d'entraide et d'assistance mutuelle que la solidarité et la fraternité nous imposent. Elles régiront notre vie en société et constitueront la morale sociale³²⁷. ». Or, très nombreux sont les auteurs qui reconnaissent ce fondement de la bonne foi dans la morale. En énonçant que la bonne foi devait régner dans les engagements, Domat caractérisait déjà la coloration morale du principe de bonne foi. Ripert avait utilisé l'exemple de la bonne foi pour illustrer le

³²⁶ Et si on ose une définition de la morale.

³²⁷ DELOS (JT), « Le problème des rapports du droit et de la morale », *Archives de philosophie du droit*, 1933, p.84.

rapprochement entre droit des obligations et morale³²⁸. Aujourd'hui, une grande majorité de la doctrine confirme cette assise morale de la notion³²⁹.

Faut-il pour autant craindre que le fondement de la bonne foi dans une valeur morale emporte un risque de moralisme ? Faut-il craindre, comme M.Malaurie, que « le règne de la vertu mène au moralisme, c'est à dire presque toujours le contraire de la morale³³⁰ »?. Cela supposerait que la bonne foi, en tant qu'elle se fonde sur l'idée d'altruisme, soit dépourvue de toute efficacité économique. Or, comme a pu l'affirmer M.Jamin, défendant une conception solidariste du rapport contractuel au travers de l'idée de bonne foi, « En définitive, parce qu'il favorise la réalisation de l'objet du contrat, le recours au concept de bonne foi me semble avoir partie liée avec la recherche d'une plus grande efficacité économique. C'est la raison pour laquelle je ne pense pas que l'on puisse uniquement parler à son égard de moralisme³³¹. ». En outre, c'est justement en ce que la bonne foi permet de lutter contre l'individualisme des parties³³², de sanctionner leur égoïsme³³³, de faire triompher la nécessité de ne pas prendre en compte ses seuls intérêts, que son efficacité économique se révèle, en permettant à l'échange de se réaliser³³⁴. C'est, semble t'il, justement sur sa connotation morale que repose son utilité³³⁵. Dès lors, la reconnaissance du fondement de la bonne foi dans l'altruisme ne paraît pas traduire une perception des rapports contractuels relevant du moralisme. L'idée d'altruisme enseigne simplement qu'il convient de s'intéresser au partenaire contractuel.

Mais, dans quelle mesure convient-il de s'intéresser à l'autre ? Convient il de s'intéresser à l'autre spontanément, convient-il de se soucier de sa personne sans espérer de lui un comportement identique, ou l'idée d'altruisme fait-elle référence à la nécessité d'une équivalence, d'une réciprocité dans le comportement du partenaire ? L'idée d'altruisme

³²⁸ RIPERT (G.), *op. cit., supra* notre note n°44, pp.292-298.

³²⁹ Voir à ce sujet nos développements p.11, et notre note n°44.

³³⁰ MALAURIE (P.), note sous Cass. Com., 27 février 1996, *D.*, 1996, p.518.

³³¹ JAMIN (C.), « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *précité supra* notre note n°292 , p.57.

³³² JAMET-LE GAC (S.), *op. cit., supra* notre note n°51, p.36.

³³³ *Id.*, p.59.

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ *Id.*, p.60.

permet-elle d'expliquer que la nécessaire prise en compte des intérêts de l'autre qu'exprime la notion de bonne foi ne joue au profit que d'un seul des contractants ? L'idée d'altruisme peut-elle permettre d'expliquer que la bonne foi remplisse le rôle d'un instrument d'équilibre entre les parties, le fort agissant au profit du faible sans condition de réciprocité ?

C. Altruisme, bonne foi et réciprocité du comportement.

Encore une fois, les enseignements de l'étude historique peuvent à cet égard se montrer particulièrement enrichissants. L'idée d'altruisme était déjà présente chez Domat et chez Pothier, qui fondaient la bonne foi sur la règle d'amour mutuel entre les hommes. Or, il a été montré que, pour Domat, la règle d'amour mutuel entre les hommes ne suppose pas la réciprocité³³⁶. Ainsi, l'amour mutuel, qui est la première manifestation de l'idée d'altruisme à la base de la bonne foi, ne permet pas de supposer que la réciprocité des comportements est nécessaire, d'autant plus que Pothier n'a jamais, non plus, laissé transparaître la nécessité d'une telle condition. D'ailleurs, les écrits qui ont pu servir de base à la définition par l'histoire de l'idée d'altruisme au fondement de la bonne foi, n'ont guère laissé davantage transparaître de conditionnement de la règle de prise en compte des intérêts d'autrui par une exigence de réciprocité.

Les enseignements de l'étude historique se révèlent très riches à un second égard : le mouvement solidariste, qui est une autre manifestation importante de l'idée d'altruisme au fondement de la bonne foi, ne permet pas non plus que soit exigée la réciprocité.

En effet, la doctrine solidariste, telle que définie par Léon Bourgeois, pose que les hommes sont débiteurs envers la société, dès leur naissance. La solidarité n'est subordonnée à aucune condition de réciprocité, elle est un phénomène social et naturel, qui caractérise les hommes dès leur naissance. En outre, il faut constater que, selon cette doctrine, si tous les hommes sont débiteurs, ils ne sont pas tous débiteurs de la même dette : la dette des nantis se trouve considérablement plus importante que celle des défavorisés, dont le compte déficitaire peut même faire apparaître une créance sur la société. Des mécanismes de compensation doivent donc être mis en place au bénéfice des plus démunis, ce qui justifiera la loi sur l'assistance aux vieillards et infirmes de 1905 ou les projets de loi sur les retraites ouvrières et

³³⁶ Voir *supra*, nos développements relatifs à la question, pp.40-41.

l'impôt progressif. Le solidarisme permet alors d'intervenir au bénéfice d'une partie, sans que l'autre s'avère capable de réciprocité. Ainsi, le solidarisme constitue bien un instrument d'équilibre, et l'évocation du solidarisme contractuel doit naturellement s'inscrire dans cette tendance. Dès lors, il n'est pas possible de soutenir que le solidarisme nécessite qu'il y ait réciprocité, ou bilatéralité entre deux partenaires. D'ailleurs, le courant actuel prônant le solidarisme contractuel lui reconnaît clairement le rôle d'instrument d'équilibre : « Ce que l'idée de solidarisme rejette, ce sont les déséquilibres contractuels excessifs et abusifs qui n'ont d'autre justification qu'un rapport de forces inégalitaire ou qu'un bouleversement des circonstances économiques³³⁷. ». L'idée de réciprocité n'est nullement posée comme condition au jeu de la solidarité.

Ainsi, les diverses tendances à la source de la définition de l'idée d'altruisme ne permettent pas de poser en règle la réciprocité. La notion d'altruisme ne doit nullement faire appel à l'idée de réciprocité. L'idée fondant la bonne foi exprime la nécessité de se soucier des intérêts de l'autre sans exiger de sa part un comportement similaire.

Mais, dans les faits, est-il réellement possible, aujourd'hui, dans notre société, de concevoir que la notion de bonne foi, présente en droit des contrats, se fonde sur une idée d'altruisme impliquant de prendre soin des intérêts de son cocontractant sans que le comportement de ce dernier ne soit marqué par la réciprocité ? Peut-on, aujourd'hui, concevoir un tel dévouement ? Les individus ne sont-ils pas avant tout motivés par la satisfaction de leurs intérêts égoïstes, avec laquelle l'idée d'un comportement de bienveillance envers son partenaire contractuel, dépourvu de contrepartie, jurerait sévèrement ? N'y aurait-il pas là une utopie, un tel comportement étant inconcevable en soi³³⁸ ? Quand bien même les individus se montreraient disposés à adopter une telle attitude, le désintéressement apparent ne marque-t-il pas au fond un souci de rentabilité, le désintéressement s'avérant en réalité rentable, si bien qu'il serait impossible de parler de défaut de réciprocité³³⁹ ?

Une réponse intéressante à cette question peut être avancée grâce à un parallèle avec la pensée de deux auteurs, qui se sont intéressés à la place que pouvait tenir, aujourd'hui, le don,

³³⁷ MAZEAUD (D.), *op. cit.*, p.633.

³³⁸ Voir à ce sujet CAILLE (A.), *Don, intérêt et désintéressement*, Bourdieu, Mauss, Platon et quelques autres, Paris : Editions LA DECOUVERTE/MAUSS pp.251-261, qui relate la pensée en ce sens de M.DERRIDA (J.)

dans notre société³⁴⁰. Leur étude a permis de révéler que le don, l'altruisme, la générosité, s'observent encore partout³⁴¹. Mais, surtout, ils ont entendu démontrer que le don ne faisait pas nécessairement appel à la réciprocité, qu'il était possible, aujourd'hui, de concevoir des attitudes adoptées sans garantie de réciprocité. En témoigne leur définition, voulue « modeste », du don : « Qualifions de don toute prestation de bien ou de service effectuée, sans garantie de retour, en vue de créer, nourrir ou recréer le lien social entre les personnes³⁴² ». Ainsi, il est possible d'effectuer une prestation, sans attente de retour déterminé. Ne pas attendre de retour déterminé ne signifie pas ne rien attendre du tout, mais plutôt accepter une différence, c'est à dire « s'exposer à la possibilité que ce qui revient diffère de ce qui est parti, revienne à une échéance inconnue, peut être jamais, soit donné en retour par d'autres que ceux qui avaient reçu ou ne fasse pas retour du tout³⁴³. ». Il n'est donc guère utopique d'affirmer aujourd'hui que l'idée d'altruisme au fondement de la bonne foi n'implique pas la réciprocité. Une telle attitude se manifeste encore dans nos sociétés actuelles, et n'est pas dépassée. Mais, il faut, pour cela, admettre l'idée selon laquelle biens et services ne valent pas que par leur capacité à être échangés et utilisés. Pour MM.Godbout et Caillé, ils valent aussi par leur capacité à créer et reproduire des relations sociales. Ils permettent également de créer du lien social³⁴⁴. Or, la bonne foi vient justement traduire cette idée que dans le contrat, les relations entre individus doivent être animées par une propension à se soucier de son prochain, et non seulement par l'échange de biens et de services. Elle doit permettre des relations sociales équilibrées, loyales, chacun ne cherchant pas seulement son propre intérêt. Cela ne signifie nullement que le contrat ne doit pas permettre l'échange de biens et de services. Cela signifie simplement qu'au sein de la relation contractuelle, la bonne foi vient traduire l'idée qu'il faut aussi, au-delà, se soucier de son partenaire, et ce sans exigence de réciprocité.

³³⁹ Voir à ce sujet *id.*, pp.242-248, qui relate la pensée en ce sens de M.BOURDIEU (P.).

³⁴⁰ GODBOUT (J.), en collaboration avec CAILLE (A.), *L'esprit du don*, Paris : Editions LA DECOUVERTE, 1992 ; CAILLE (A.), *op. cit.*.

³⁴¹ GODBOUT (J.), CAILLE (A.), *op. cit.*, pp.37-140.

³⁴² *Id.*, p.32.

³⁴³ CAILLE (A.), *op. cit.*, p.238.

³⁴⁴ GODBOUT (J.), CAILLE (A.), *op. cit.*, p.32.

Mais, la définition de l'idée d'altruisme impose de définir encore plus précisément sa portée : peut-elle impliquer que le contractant sacrifie ses intérêts ?

D. Altruisme et préservation de ses intérêts.

L'idée d'altruisme ne fait pas nécessairement référence au sacrifice de ses propres intérêts. Ainsi, Domat énonçait déjà que « Les manières dont chacun ménage ses intérêts lors de la convention, et la résistance de l'un aux prétentions de l'autre dans l'étendue de ce qui est incertain et arbitraire et qu'il faut régler, n'ont rien de contraire à la bonne foi³⁴⁵. ». Il insistait alors sur l'absence d'incompatibilité entre une conception altruiste de la bonne foi et la nécessité de ne pas nuire à ses propres intérêts.

Aujourd'hui, il ne semble pas non plus que la référence à la solidarité ou à l'altruisme puisse être interprétée comme imposant le sacrifice de l'un des contractants. Evoquant une conception solidariste du contrat, M.Mazeaud a ainsi pu écrire : « Que l'on ne s'y trompe pas, il ne s'agit pas de faire preuve d'angélisme contractuel en négligeant la fonction économique du contrat et en privilégiant la contrainte du débiteur malheureux sur la contrainte du créancier victime de l'inexécution !³⁴⁶ ». L'idée d'altruisme n'impose pas le sacrifice. Elle se contente de s'opposer à l'égoïsme. Elle ne fait guère référence à une idée d'abandon total aux intérêts de l'autre.

Dés lors, il ne paraît pas justifié de redouter que le contrat se transforme en mariage³⁴⁷, et que se développe une conception angélique des rapports contractuels, d'autant plus que les magistrats paraissent, selon les termes de M.Mazeaud, user de leurs pouvoirs avec « modération et pondération³⁴⁸ ».

³⁴⁵ Voir *supra*, nos développements p.41.

³⁴⁶ MAZEAUD (D.), *op. cit.*, pp.632-633.

³⁴⁷ Voir à ce sujet CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations*, collection Thémis Droit privé, 22^{ème} édition refondue, Paris : PUF, 2000, p.227, pour lequel « On s'étonnera qu'à une époque où le mariage s'était peut-être trop transformé en mariage, certains aient rêvé de transformer tout contrat en mariage. ».

³⁴⁸ MAZEAUD (D.), *op. cit.*, p.629.

Voici donc, grâce aux lumières de l'histoire, mieux cernée l'idée d'altruisme, identifiée au fondement de la bonne foi. La bonne foi répond ainsi fondamentalement à une exigence d'altruisme. Dès lors, il semble que l'ensemble de ses manifestations en droit français des contrats puissent être rassemblées autour de cette idée unique, et définies de façon cohérente, comme illustrant toujours, fondamentalement, la prise en compte de cette valeur.

SECTION II. : L ALTRUISME AU FONDEMENT DE TOUTE MANIFESTATION DE LA BONNE FOI.

L'altruisme a été identifié et défini au fondement de la bonne foi. Mais, ne s'agit-il pas là d'une pure construction théorique, qui ne correspondrait nullement à la réalité des manifestations de la bonne foi en droit positif ? Il est important de s'assurer de l'effectivité de la présence de cette notion au fondement de la bonne foi. Les différentes manifestations de la bonne foi en jurisprudence témoignent-elles de la réalité de ce fondement ? La jurisprudence révèle t'elle une prise en considération de cette valeur morale lorsqu'elle utilise la notion ? Surtout, est-ce toujours le cas ? Il apparaît que l'altruisme est au fondement de la bonne foi quelle que soit la phase du contrat concernée (§1.), et quelle que soit la fonction que la bonne foi remplit (§2.).

§1. L'altruisme au fondement de la bonne foi indépendamment de la phase contractuelle concernée.

Est-il possible de constater que l'altruisme se situe au fondement des manifestations de la bonne foi, quelle que soit la phase du processus contractuel concernée ? S'il paraît délicat de prendre en compte de façon exhaustive l'ensemble des manifestations de la notion en jurisprudence, il semble envisageable de se référer à ses principales interventions, aussi bien lors de la formation du contrat (A.) que lors de son exécution (B.).

A. L'altruisme au fondement de la bonne foi au cours de la formation du contrat.

Au stade de la formation du contrat, l'exigence de bonne foi se manifeste à plusieurs égards.

Tout d'abord, elle est à la source de l'existence d'une obligation précontractuelle d'information, que le législateur a d'ailleurs consacrée³⁴⁹, et dont témoigne entre autres la jurisprudence qui a pu fonder la réticence dolosive sur l'exigence de bonne foi³⁵⁰. Ainsi, les négociateurs doivent informer leurs partenaires sur tous les éléments dont dépend le sort de la négociation. Cette exigence de transparence résultant de la bonne foi peut aisément être interprétée comme traduisant l'idée selon laquelle le contractant ne doit pas agir dans son intérêt exclusif : le fait de devoir délivrer des informations importantes à l'autre contractant révèle la nécessité de prendre en compte ses intérêts, en lui permettant d'être plus éclairé. Un comportement égoïste impliquerait de conserver pour soi toutes les informations essentielles. La bonne foi l'interdit. Dés lors, elle repose sur une exigence d'altruisme.

Mais, la bonne foi joue surtout un rôle important au niveau de la formation du contrat en ce qu'elle limite la liberté de rompre les pourparlers. A ce stade, le fondement de l'exigence de bonne foi dans l'idée d'altruisme apparaît de façon lumineuse. Ainsi, afin de synthétiser en une formule les diverses solutions jurisprudentielles apportées en la matière, M.Mousseron a pu écrire qu'il existait une sorte de « devoir de préparation psychologique du partenaire à cette épreuve³⁵¹ ». La formule traduit nettement la nécessité de ne pas agir en considération de ses seuls intérêts, mais de veiller à ceux de son partenaire. Ainsi, le pourparleur qui engage une négociation sans intention de contracter engage sa responsabilité³⁵². En effet, s'il s'est engagé sans volonté de conclure, il en résulte nécessairement qu'il n'a pas pu prendre en considération les intérêts de son partenaire, mais qu'il agit en raison de ses propres intérêts. De même, celui qui poursuit les négociations sur le

³⁴⁹ Voir l'article L.111-1 du Code de la consommation, l'article L.330-3 du Code de commerce.

³⁵⁰ Voir par exemple Cass. Civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, *Bull. civ.* III, n°108, p.62, *Contrats, conc., consom.*, juin 1991, n°133, obs. LEVENEUR (L.) ; Cass. Com., 27 février 1996, *D.*1996, p.518, note MALAURIE (P.) ; *JCP éd. G*, 1996, II-22665, obs. GHESTIN (J.).

³⁵¹ MOUSSERON (JM.), « Les procédures informelles d'échange des consentements, in *L'échange des consentements*, *RJDA*, 1995, numéro spécial, p.26.

³⁵² CA Rennes, 08 juillet 1929, *DH*, 1929, p.548.

long terme et qui les rompt « sans raisons légitimes, brutalement et unilatéralement³⁵³ » manque aux règles de la bonne foi dans les relations commerciales. En effet, il a pu faire naître de faux espoirs chez son partenaire. Il est frappant de noter que pour apprécier le caractère fautif de la rupture, et pour apprécier la bonne ou la mauvaise foi des négociateurs, la jurisprudence se réfère traditionnellement à la longueur et à leur brutalité des pourparlers³⁵⁴. Elle se fie fréquemment à l'importance des investissements effectués par la victime de la rupture, à l'importance et à la singularité du contrat discuté, à l'état d'avancement des négociations. Or, ces indices trahissent les préoccupations de la jurisprudence : il ne faut pas que la rupture intervienne au détriment des intérêts du cocontractant. S'il veut rompre la négociation, le contractant doit d'abord prendre garde à préserver les intérêts de son partenaire, à ne pas le surprendre, à ne pas lui causer de préjudice. L'exigence de bonne foi, qui vient limiter la liberté de rompre les pourparlers, répond donc à la nécessité de se soucier de son partenaire. La bonne foi repose donc sur une exigence d'altruisme. Ce fondement de l'exigence de bonne foi est encore révélé lorsqu'elle intervient au stade de l'exécution du contrat.

B. L'altruisme au fondement de la bonne foi au cours de l'exécution du contrat.

Au stade de l'exécution du contrat, les manifestations de la bonne foi sont nombreuses. Pourtant, il paraît envisageable de les expliquer par la même idée. Il semble que, fondamentalement, l'exigence de bonne foi repose toujours sur la même idée de prise en considération des intérêts d'autrui.

Il n'est pas aisé d'appréhender l'ensemble des manifestations de la bonne foi dans l'exécution du contrat.

Mais, généralement, la bonne foi est d'abord présentée comme imposant un devoir de loyauté dans l'exécution du contrat³⁵⁵. Ce devoir de loyauté s'impose d'abord au débiteur. Ainsi, le débiteur qui, intentionnellement, n'exécute pas ses obligations, manque à son devoir

³⁵³ Cass. Com., 20 mars 1972, *JCP éd. G.*, 1973, II-17543, note SCHMIDT (J.) ; *RTD civ.*, 1972, p.779, obs. DURRY (G.),

³⁵⁴ Voir par exemple CA Paris, 10 mars 2000, *JCP, éd. E.*, mars 2001, note VIOLET (F.), p.422

³⁵⁵ Voir par exemple à ce sujet TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, *supra* notre note n°42, p.404.

de loyauté³⁵⁶. En effet, ce comportement est représentatif d'une attitude purement égoïste, puisque, volontairement, le contractant ne prend pas en considération les intérêts de son partenaire, qui s'attend légitimement à ce que le contrat soit exécuté. De même, lorsque le contractant ne permet pas à son partenaire d'exécuter le contrat, il manque à l'exigence de loyauté qui s'impose à lui. Par exemple, lorsqu'il ne confie pas à son cocontractant les missions prévues au contrat, et en contrepartie desquelles celui-ci avait consenti à souscrire une obligation contractuelle de non-concurrence, le contractant n'est pas loyal³⁵⁷. En effet, comme le fait remarquer M.Mazeaud, commentant l'arrêt, le contrat devenait conclu dans son intérêt exclusif, ce que la bonne foi combat.

Lorsque le juge accorde au débiteur de bonne foi un délai de grâce, par application de l'article 1244-1 du Code civil, il tiendra compte de la bonne ou à la mauvaise foi du contractant, que M.Le Tourneau a définie dans cette hypothèse comme l'attitude du contractant « qui ne respecte pas la parole donnée dans ses tenants et aboutissants, en ayant conscience que son comportement nuira à son partenaire³⁵⁸ ». Dés lors, la bonne foi apparaît également dans cette hypothèse comme la consécration de l'idée d'altruisme: le délai de grâce ne sera pas accordé au débiteur qui a voulu nuire à son partenaire, et qui n'a donc pas pris en compte ses intérêts, en voulant lui causer du tort.

Le devoir de loyauté s'impose encore au créancier. Ce devoir de loyauté du créancier peut être défini comme le devoir de s'abstenir de manœuvres qui tendraient à rendre l'exécution du contrat impossible ou plus difficile. Cette exigence s'impose notamment au créancier dans l'exercice des clauses résolutoires, qui lui permettent d'anéantir le contrat en cas de manquement aux engagements stipulés. M.Picod a mis en relief l'évolution jurisprudentielle ayant conduit à faire respecter l'exigence de bonne foi dans la mise en œuvre de la clause³⁵⁹. Ainsi, le juge a pu surveiller que les circonstances dans lesquelles la sommation préalable est adressée au débiteur ne traduisent pas une mauvaise foi du créancier, caractérisée par le fait le cocontractant ne puisse bénéficier des garanties qui découlent de la

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ CA Versailles, 12 septembre 1996, *Deffrénois*, 1999, art.36953, note MAZEAUD (D.).

³⁵⁸ LE TOURNEAU (P.), *op. cit.*, *supra* notre note n°11, p.8.

³⁵⁹ PICOD (Y.), « La clause résolutoire et la règle morale », *JCP éd. G.*, 1990-3447.

mise en demeure³⁶⁰. Le créancier est donc tenu d'être de bonne foi, de se soucier des intérêts de son cocontractant en lui permettant de bénéficier des garanties adéquates. L'auteur a pu interpréter les diverses interventions du juge en la matière comme la mise en œuvre de « nouvelles formes de solidarité contractuelle³⁶¹ ». C'est donc bien l'altruisme qui est au fondement de cette jurisprudence, comme a pu l'énoncer M. Denis Mazeaud: « Et les juges ne se font pas prier pour rappeler le créancier à la décence et pour écarter le jeu de la clause, quand les modalités de son exercice révèlent le mépris total dont celui-ci a fait preuve à l'égard des intérêts de son débiteur³⁶² ». C'est le respect des intérêts du cocontractant qui importe et fonde l'exigence de bonne foi.

De la même façon, certains arrêts ont mis en lumière ce fondement de l'exigence de bonne foi dans la règle d'altruisme. En effet, la Cour de cassation a reconnu que le garant pouvait engager la responsabilité du créancier quand ce dernier laissait s'accumuler les dettes impayées sans chercher à provoquer la résiliation du contrat. Ainsi, dans une décision rendue le 05 décembre 1995³⁶³, la chambre commerciale a reproché à un couple bailleur d'avoir laissé s'accroître la dette de loyers pendant vingt-trois mois sans jamais mettre en œuvre la clause résolutoire. En conséquence, il fut jugé que les garants solidaires du débiteur pouvaient invoquer l'inaction des créanciers pour engager leur responsabilité, au motif qu'ils n'avaient pas exécuté de bonne foi le contrat en cherchant à faire supporter par les garants les conséquences de leur propre carence. Ainsi, le créancier n'a pas répondu à l'exigence de bonne foi, puisqu'il n'a pas respecté les intérêts de son partenaire, et donc des garants de ce dernier, en laissant s'accumuler ses dettes. La bonne foi paraît inextricablement liée à l'idée d'altruisme.

C'est ce que confirme encore la jurisprudence issue d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 22 juin 2001³⁶⁴. Dans cet arrêt, il est affirmé qu'en s'abstenant de toute mise en demeure avant la fin de la première durée contractuelle de quatre ans, alors que le service de la dette était interrompu depuis trois années, le créancier a laissé la convention se

³⁶⁰ Par exemple, Cass. Civ. 3^{ème}, 21 juin 1971, *Rev. loyers*, 1971, p.495.

³⁶¹ PICOD (Y.), *op. cit.*, *supra* notre note n°358, n°2.

³⁶² MAZEAUD (D.), *op. cit.*, p.614.

³⁶³ Cass. Com., 05 décembre 1995, *RJDA* 1996, p.336.

³⁶⁴ CA Paris, 22 juin 2001, *D.* 2002, p.843, note COULON (C.).

reconduire tacitement pendant deux années supplémentaires dans des conditions exemptes de bonne foi, en tirant profit du silence de son cocontractant pour prolonger une situation qui ne pouvait évoluer qu'à son seul avantage. Fondamentalement, ce qui est reproché au créancier par l'affirmation de son manquement à l'exigence de bonne foi, c'est de ne pas avoir respecté les intérêts de son cocontractant et d'avoir agi dans son seul intérêt, « d'avoir volontairement maintenu une situation dont il était le seul à tirer le bénéfice³⁶⁵ ». La Cour de cassation se réfère donc à la bonne foi, et sanctionne par ce biais l'absence d'altruisme. Pourtant, le commentateur de l'arrêt hésite à reconnaître le lien établi en l'espèce entre bonne foi et bienveillance envers autrui. Pour lui, la solution semble à première vue se fonder sur un manquement au devoir de loyauté. Or, ce dernier permettrait simplement de sanctionner les mauvais comportements, et non de faire preuve d'ouverture et d'assistance envers l'autre partie³⁶⁶. Il ne serait donc pas possible d'affirmer péremptoirement que l'exigence de bonne foi permet en l'espèce d'imposer la prise en compte des intérêts de l'autre. Son rôle se limiterait peut-être à sanctionner un mauvais comportement³⁶⁷. En raison de la seule référence au devoir de loyauté, et non à un devoir de collaboration, l'existence d'un devoir de bienveillance envers autrui en l'espèce ne pourrait être qu'une hypothèse³⁶⁸. Pourtant, la Cour de cassation se réfère à la bonne foi de façon globale, sans entrer dans de telles distinctions. Fondamentalement, elle sanctionne ainsi l'absence de prise en considération des intérêts de l'autre, et il ne paraît guère utile à cet égard d'entrer dans une distinction entre devoir de loyauté et devoir de coopération. Pourquoi ne pas admettre que la bonne foi, quelle que soit la dénomination du devoir qu'elle impose, sous-entend toujours la nécessité de prendre en compte les intérêts d'autrui ?

L'exigence de loyauté peut encore jouer un rôle dans le domaine de la cessation des relations contractuelles qui unissent concédant et concessionnaires³⁶⁹. Il existe alors, comme dans le cadre de la rupture des pourparlers, une sorte de préparation du partenaire à la rupture.

³⁶⁵ COULON (C.), note sous arrêt CA Paris, 22 juin 2001, *précité supra* notre note n°363, p.844.

³⁶⁶ *Id.*, p.843.

³⁶⁷ *Id.*, p.845 : « A première vue, cet arrêt incite donc à penser que l'obligation de rompre le lien contractuel est simplement induite de l'attitude déloyale du créancier.

³⁶⁸ *Id.*, p.845.

³⁶⁹ LAURENT (P.), « La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », *Petites Affiches*, 08 mars 2000, n°48, p.6.

Lorsqu'il sera établi que le concessionnaire, à l'initiative du concédant, a été amené à effectuer de lourds investissements, le concédant pourra engager sa responsabilité pour rupture déloyale du contrat³⁷⁰. La bonne foi vient imposer l'idée qu'il faut se soucier du partenaire en le préparant à la rupture, en ne le laissant pas effectuer des investissements qu'il ne pourra rentabiliser.

Il est également classiquement enseigné que la bonne foi conduit à l'exigence d'un devoir de coopération entre les parties³⁷¹. A cet égard, il est tout à fait évident que l'exigence de bonne foi se fonde sur l'idée de prise en considération des intérêts d'autrui, puisqu'il ne faut pas seulement se soucier de ses intérêts, mais aussi coopérer.

Ainsi, il a été souligné que la plupart des contrats récemment créés par la pratique commerciale reposaient sur une « sorte d'*affectio contractus*³⁷² », un fournisseur étant susceptible de manquer à la bonne foi s'il modifie l'équilibre du contrat de telle façon que le distributeur n'est plus en mesure d'affronter la concurrence³⁷³. La bonne foi vient donc traduire l'idée selon laquelle le fournisseur ne doit pas nuire aux intérêts du distributeur et doit préserver ses intérêts en ne lui interdisant pas de faire face à la concurrence. Il en a été jugé de même récemment à propos de la relation entre un mandant et un agent commercial, puisque la Cour de cassation a jugé, le 24 novembre 1998³⁷⁴, que « ne donne pas de base légale à sa décision, au regard de l'obligation de loyauté régissant les rapports entre l'agent commercial et la mandant, la Cour d'appel qui a omis de rechercher si le mandant, sans mettre d'obstacles à la représentation du mandataire, avait néanmoins pris des mesures concrètes pour lui permettre de pratiquer des prix concurrentiels .».

Dans le même esprit, la bonne foi va encore imposer l'obligation pour un contractant de faciliter l'exécution du contrat à son partenaire, ou même l'ingérence du contractant dans les affaires d'autrui. Ainsi, la Cour de cassation a décidé que le débiteur, tenu d'exécuter le

³⁷⁰ Cass. Com., 05 avril 1994, *JCP éd. G.*, 1994-I-3803, obs. JAMIN (C.).

³⁷¹ Voir par exemple à ce sujet LE TOURNEAU (P.), *op. cit.*, *supra* notre note n°11, p.7.

³⁷² MESTRE (J.), *RTD civ.*, 1986, p.101, observations ; LELOUP (JM), « La création de contrats par la pratique commerciale », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier 1985, p.167.

³⁷³ Cass. Com., 19 décembre 1989, *Bull. civ. IV*, n°327, p.220 ; Cass. Com., 03 novembre 1992, *précité*, *supra* notre note n°294.

³⁷⁴ Cass. Com., 24 novembre 1998, *Bull. civ. IV*, n°277.

contrat de bonne foi, doit vérifier que son créancier lui a bien facturé les prestations fournies et dans la négative, l'avertir de l'erreur qu'il commet³⁷⁵. L'exigence de prise en compte des intérêts d'autrui est donc affichée de façon particulièrement nette : le débiteur doit prendre garde à ce que le créancier ne commette pas d'erreur conduisant pour lui à une contradiction à ses intérêts.

La jurisprudence relative à l'indétermination du prix peut encore permettre d'illustrer le fondement de la bonne foi dans l'idée d'altruisme, bien qu'une plus grande incertitude paraisse régner en la matière. Les quatre arrêts d'Assemblée plénière du premier décembre 1995³⁷⁶ ont apporté une solution au délicat problème de l'indétermination du prix. Enonçant que l'article 1129 du Code civil n'était plus applicable à la question, la Cour de cassation a jugé que l'indétermination du prix des contrats conclus en application d'une convention initiale dans cette dernière n'affecte pas sa validité, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation. La question restée posée par ces décisions est celle du critère de l'abus dans la fixation du prix. Or, il a été remarqué que la Cour de cassation avait visé l'article 1134 du Code civil, siège de l'énoncé de la règle imposant la bonne foi dans les contrats. Dès lors, il a pu être soutenu que la bonne foi devait permettre de préciser la notion d'abus dans la fixation unilatérale du prix³⁷⁷. Or, certains auteurs ont pu avancer l'idée que « Le devoir de respecter son cocontractant, impliqué par la loyauté contractuelle, consiste, pour celui qui est en situation d'arrêter le prix que l'autre acquittera, dans l'obligation de tenir compte, dans sa décision, de l'intérêt de ce dernier³⁷⁸ ». Ainsi, la bonne foi, qui permettrait d'apprécier l'abus, reposerait encore une fois sur l'idée qu'il convient de prendre en compte les intérêts de son partenaire.

D'ailleurs, une certaine jurisprudence s'est récemment faite l'écho de ces conceptions. Par un arrêt du 24 Octobre 2000, la Cour d'appel de Paris³⁷⁹ a ainsi considéré, à propos d'une espèce dans laquelle un banquier avait le pouvoir de modifier unilatéralement chaque année le

³⁷⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 23 janvier 1996, *Bull. Civ. I*, n°36, p.23 ; *D.*1997, p.571, note SOUSTELLE (P.).

³⁷⁶ Cass. AP., 01 décembre 1995 (4 arrêts), *D.*1996, p.13, conclusions JEOL (M.) et note AYNES (L.) ; *JCP éd. G.*, 1996-II-22565, obs. GHESTIN (J.) ; *RTD civ.*, 1996, p.153, obs. MESTRE (J.).

³⁷⁷ Voir notamment GHESTIN (J.), observations sous Cass. AP., *précité, supra* notre note n°376.

³⁷⁸ REVET (T.), « Les apports au droit des relations de dépendance », in *Les arrêts d'Assemblée plénière relatifs au prix, un an après, Quels apports ?*, *RTD com.*, 1997, p.45.

³⁷⁹ CA Paris, 24 octobre 2000, *D.*2001, p.302, note DELPECH (X.).

montant du loyer d'une location de chambres fortes, que « l'obligation de bonne foi implique que chaque partie s'abstienne de tout abus, ait un comportement raisonnable et modéré, sans agir dans son intérêt exclusif ni nuire de manière injustifiée à son partenaire ». Ainsi, l'exigence de bonne foi, au fondement de l'abstention d'abus, impose l'idée de prise en compte de l'intérêt d'autrui. Par la bonne foi, s'impose l'idée qu'il ne faut pas être égoïste, et qu'il ne faut pas nuire aux intérêts de son partenaire.

De la même façon, il a été jugé par la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 15 janvier 2002, qu'abuse de son droit de fixer unilatéralement les conditions financières des relations contractuelles, le contractant qui, répercutant la crise du secteur, impose des sacrifices à ses partenaires en difficultés alors qu'il a distribué des dividendes à ses actionnaires³⁸⁰. Ainsi, il est reproché au contractant de ne pas s'être soucié des intérêts de ses partenaires, tout en se souciant trop des intérêts de ses actionnaires. Il est donc imposé au contractant de préférer les intérêts de ses partenaires contractuels aux siens. Certes, la portée de la décision paraît contestable³⁸¹. De plus, il n'est pas fait référence à la bonne foi dans cet arrêt. Pourtant, pour apprécier l'abus dans la fixation unilatérale du prix, il est clairement fait référence à la nécessité de prendre en compte les intérêts de son partenaire. La Cour de cassation paraît donc sensible aux définitions de l'abus données par référence à l'idée d'altruisme. Même si la question du critère de l'abus est encore soumise à de larges indéterminations, il est peut-être possible de deviner dans cette jurisprudence l'amorce d'une prise de position.

Ainsi, bien que les manifestations de la bonne foi soient particulièrement diverses, il paraît tout de même possible de parvenir à la définition d'une idée d'altruisme au fondement de chaque intervention de la notion. La bonne foi, quelle que soit le stade auquel elle intervient dans le processus contractuel, que ce soit au moment de sa formation ou au moment de son exécution, répond toujours à la même idée d'altruisme. Cette dernière ne résulte donc pas que d'une construction théorique : elle est réellement, en droit positif, au fondement de la bonne foi. En outre, la prise en compte de la diversité de fonctions qu'elle assume ne permet pas de contester la réalité de cette unité fondamentale de la bonne foi.

³⁸⁰ Cass. Com., 15 janvier 2002, *Communication Commerce électronique*, 2002, p.27, note STOFFEL-MUNCK (P.).

³⁸¹ Voir STOFFEL-MUNCK (P.), note sous Cass. Com., 15 janvier 2002, *précité*, *supra* notre note n°380.

§2. Le fondement de la bonne foi dans l'altruisme indépendamment de sa fonction.

La bonne foi répond toujours à l'idée d'altruisme, quelle que soit la phase contractuelle concernée. Mais, est-il possible de soutenir que les manifestations de la bonne foi sont fondamentalement différentes selon le rôle que joue l'exigence de bonne foi ?

Ainsi, certains auteurs ont proposé de classer les manifestations de la bonne foi en deux catégories selon la fonction assurée : il faudrait distinguer bonne foi contractuelle et bonne foi du contractant³⁸².

Il paraît peu opportun, contrairement à ce que semble estimer M.Stoffel-Munck, de conférer une portée autre que descriptive à cette distinction, et d'attribuer ainsi à la bonne foi deux natures totalement différentes selon la fonction qu'elle assume.

D'après cet auteur, en ce qui concerne la bonne foi contractuelle, dont la fonction serait de compléter le contenu du contrat, par diverses obligations de conseil, d'information ou de sécurité, « le critère pertinent n'est pas la morale de la sociabilité », contrairement à ce qu'il en est pour la bonne foi du contractant, « mais plus prosaïquement le respect du but économique recherché³⁸³ ». La bonne foi se diviserait ainsi en deux catégories, chacune correspondant à une réalité bien distincte. La bonne foi contractuelle ne correspondrait pas à la logique du souci envers autrui.

Pourtant, il semble bien que lorsque le juge reconnaît, sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, une obligation d'information ou de conseil, voire parfois de sécurité à la charge de l'une des parties, il soit toujours fondamentalement inspiré par une idée d'altruisme. S'inspirant d'une exigence de bonne foi, la jurisprudence a ainsi pu imposer au

³⁸² Voir à ce sujet VOUIN (R.), *op. cit.*, *supra* notre note n°12, p.53 ; PICOD (Y.), *op. cit.*, *supra* notre note n°8, pp.21-23 ; STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, *supra* notre note n°17, p.81 ; ainsi que nos développements relatifs à cette distinction, *supra*, pp.8-9.

³⁸³ STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, *supra* notre note n°17, p.83.

cocontractant initié un devoir de conseil³⁸⁴, ainsi qu'une obligation de renseignements. Ces obligations ne visent-elles pas alors à éclairer le cocontractant, à servir ses intérêts en le rendant davantage conscient des conditions dans lesquelles il exécute le contrat ? En ce sens, Demogue avait pu dire de l'obligation de renseignements qu'elle est « l'obligation pour chacun d'avertir l'autre, en cours de contrat, des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat³⁸⁵ ». La référence à l'intérêt du contractant à connaître les informations est ici marquante. Comme l'avait noté en 1945 Michel De Juglart en commençant un article sur l'obligation de renseignements dans les contrats, « L'obligation pour l'homme de renseigner ses semblables dans certaines circonstances, dite obligation de renseignements, [...] constitue l'une des manifestations de cet esprit de solidarité qui caractérise notre époque³⁸⁶ ». Renseigner, conseiller l'autre partie, c'est bien se soucier de ses intérêts en dépassant ses propres préoccupations, faire preuve de solidarité, d'altruisme. Prendre soin de sa sécurité, c'est aussi, naturellement, se soucier de ses intérêts. De même, si l'on estime, comme M.Stoffel-Munck, que le devoir de coopération entre parties constitue une des manifestations de la bonne foi contractuelle³⁸⁷, il en ressort avec d'autant plus de netteté que l'idée d'altruisme inspire aussi cette dernière.

Dés lors, que les manifestations de la bonne foi soient dénommées bonne foi contractuelle ou bonne foi du contractant, le fondement de la bonne foi réside toujours dans l'idée d'altruisme, et la prise en compte de la fonction remplie par la bonne foi ne permet pas de briser cette unité fondamentale. Elle semble toujours répondre à la même logique.

Il convient encore de contrecarrer un autre argument allant à l'encontre de la reconnaissance de l'unité fondamentale de la bonne foi quelle que soit sa fonction : le rapprochement entre bonne foi et article 1135 du Code civil la priverait de toute portée propre. Ainsi, selon M.Stoffel-Munck, lorsqu'elle permet de compléter le contenu du contrat, la bonne foi joue un rôle très proche de celui que permet au juge l'article 1135 du Code civil,

³⁸⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 27 juin 1995, *D.* 1995, p.621, obs. PIEDELIEVRE (S.), *JCP éd. E.*, 1996-II-772, obs. LEGAIS (D.).

³⁸⁵ DEMOGUE (R.), *op. cit.*, *supra* notre note n°228, p.38.

³⁸⁶ DE JUGLART (M.), « L'obligation de renseignements dans les contrats », *RTD civ.* 1945, p.1.

³⁸⁷ STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, *supra* notre note n°17, p.84.

et elle serait absorbée par ce dernier³⁸⁸. De ce fait, elle répondrait à des exigences totalement distinctes de celles auxquelles répond la bonne foi du contractant³⁸⁹. Toutefois, outre le fait qu'il n'est pas évident qu'on ne puisse affirmer que c'est plutôt la bonne foi qui absorbe l'équité de l'article 1135³⁹⁰, il faut bien admettre que le rapprochement entre l'article 1135 et l'article 1134, alinéa 3 ne permet pas de contrecarrer l'idée selon laquelle la bonne foi se fonde toujours dans l'idée d'altruisme. Par exemple, lorsque la Cour de cassation impose au mandataire, lié au mandant par un mandat d'intérêt commun, l'obligation de ne pas le concurrencer, en jugeant sous le triple visa des articles 1134, alinéa 3, 1135 et 2003 du Code civil que « dans un mandat d'intérêt commun, si le mandataire a le droit, à défaut de clause contraire, d'accepter la représentation d'un nouveau mandant, c'est à la condition que les produits de ce dernier ne soient pas concurrents de ceux du premier mandant, sauf accord de celui-ci », l'exigence de bonne foi impose l'idée que le mandataire doit prendre en compte les intérêts du premier mandant en ne lui faisant pas concurrence. Le visa de l'article 1135, parallèlement à celui de l'article 1134, ne permet pas de nier cette idée. La bonne foi doit dès lors être définie comme fondamentalement unitaire, sans que la distinction entre bonne foi contractuelle et bonne foi du contractant n'acquière de valeur autre que descriptive.

D'ailleurs, il est encore possible de relever un argument à l'encontre de la distinction entre bonne foi contractuelle et bonne foi du contractant : comme l'avoue M. Stoffel-Munck lui-même, elle ne recouvre pas les mêmes réalités selon les auteurs. Ainsi, il reproche à Vouin d'avoir envisagé la bonne foi contractuelle dans une perspective trop restrictive³⁹¹, et à M.³⁹² Picod de ne l'avoir envisagé qu'essentiellement sous l'angle du débiteur. La distinction resterait donc floue, ce qui tend à réduire son intérêt.

Dés lors, il n'est guère possible d'attribuer à la distinction entre loyauté contractuelle et loyauté du contractant une valeur fondamentale, et de prétendre ainsi que la bonne foi connaît deux manifestations bien distinctes, de nature totalement différente.

³⁸⁸ *Id.*, p.81.

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ Voir ainsi BENABENT (A.), « Rapport français », *op. cit.*, *supra* notre note n°1, p.294, qui affirme que la bonne foi inspire la disposition de l'article 1135 du Code civil.

³⁹¹ STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, *supra* notre note n°17, p.85.

³⁹² *Id.*, p.86.

Ainsi, dans toutes ses manifestations, que ce soit lors de la formation du contrat, de son exécution, et quelle que soit la fonction qu'elle remplit, la bonne foi répond aux mêmes préoccupations, liées à une idée d'altruisme. Il ne s'agit pas ici de remettre en cause les classifications des manifestations de la bonne foi opérées par certains auteurs, mais simplement de contester qu'il puisse leur être attribuée une portée autre que descriptive.

Finalement, il faut conclure à l'unité fondamentale de la bonne foi. L'histoire a révélé qu'elle était toujours liée à une idée de prise en compte des intérêts d'autrui. Il est apparu que cette idée d'altruisme était encore évoquée aujourd'hui au fondement de la notion. Ainsi, il a été possible de conclure que la bonne foi était étroitement dépendante de cette nécessité de s'intéresser à l'autre, qui constituait son fondement. En outre, l'idée d'altruisme permet d'expliquer toutes les manifestations de la bonne foi dans la jurisprudence contemporaine. Ces dernières doivent donc être considérées comme se développant de façon cohérente, autour d'une même idée. C'est pourquoi il paraît trop réducteur de présenter la bonne foi comme une notion définie au fil des espèces par le juge : en effet, elle possède fondamentalement une signification qui lui est propre. En outre, s'il ne faut pas nier qu'elle permet au juge de bénéficier d'une certaine marge d'appréciation, la référence qu'elle implique à l'idée d'altruisme ne permet pas au magistrat de s'affranchir de cette ligne directrice : la bonne foi doit traduire la nécessité de prendre en compte les intérêts du partenaire contractuel.

Si la bonne foi répond toujours fondamentalement à la même idée, cela ne signifie t'il pas que l'existence du lien contractuel n'a aucune incidence à son égard ? En effet, qu'elle se manifeste une fois le contrat conclu ou en dehors même de l'existence de ce dernier, pendant la phase de formation du rapport contractuel, elle traduit toujours la même idée d'altruisme. Dès lors, ne constitue t'elle pas une notion jouant indifféremment dans la sphère contractuelle et dans la sphère extra contractuelle, que le fait d'intervenir ou non au sein d'un contrat en cours d'exécution n'affecterait en rien ? Cela ne signifie t'il pas qu'elle se fonde en réalité à l'extérieur du contrat, peu important qu'un contrat ait ou non été conclu ?

CHAPITRE II.

LE FONDEMENT DE LA BONNE FOI DANS LE SEUL DOMAINE EXTRA CONTRACTUEL.

La bonne foi est visée à l'article 1134, alinéa 3 du Code civil dans le cadre de l'exécution du contrat. Elle intervient donc à ce stade du processus contractuel, et est souvent considérée alors comme une obligation contractuelle, sanctionnée par l'engagement de la responsabilité contractuelle. De même, puisqu'elle intervient durant l'exécution du contrat, il paraît logique qu'elle soit dans la dépendance du respect de la force obligatoire du contrat. La bonne foi apparaît alors dans la dépendance du contrat en cours d'exécution, ancrée au sein du champ contractuel. Pourtant, la bonne foi apparaît aussi au stade de la formation du lien contractuel. Il semble qu'elle doive, dès lors, se distinguer de la bonne foi exigée durant l'exécution du contrat : elle ne repose pas sur l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, ne peut être considérée *a priori* comme une obligation contractuelle, ne saurait *a priori* engendrer l'application du régime de la responsabilité contractuelle et se situer dans la dépendance du respect de la force obligatoire du contrat. A cet égard, il faudrait ainsi conclure à l'absence d'unité de la bonne foi, selon qu'elle se situe au stade de la formation du contrat ou au stade de son exécution.

Toutefois, le constat du fondement de la bonne foi dans l'idée d'altruisme quelque soit la phase du contrat concernée permet d'émettre l'hypothèse que le fait d'intervenir ou non au sein du contrat n'a aucune incidence à l'égard de l'exigence de bonne foi. Cela ne peut-il se justifier par le fait qu'elle répond fondamentalement à des impératifs extérieurs à la matière purement contractuelle, et se fonde toujours hors du contrat, imprégnant alors les relations entre les parties sans être soumise à l'influence du contrat? Il serait ainsi possible de contester l'idée selon laquelle la bonne foi peut être considérée, au cours de l'exécution du contrat,

comme une obligation contractuelle, sanctionnée par la responsabilité contractuelle et dépendante du respect de la force obligatoire du contrat.

L'histoire a aussi dévoilé ses richesses à ce sujet. A la lumière de l'enseignement des siècles, il est alors possible de caractériser l'extériorité du fondement de la bonne foi au contrat, qu'un contrat ait ou non été conclu (Section I.). Le constat de cette extériorité vaut alors par les conséquences qu'il entraîne (Section II.).

SECTION I : LE CARACTERE EXTRA CONTRACTUEL DU FONDEMENT DE LA BONNE FOI.

La bonne foi se fonde en dehors du contrat. En effet, il apparaît, en partie grâce aux enseignements de l'histoire, qu'elle n'est pas une exigence spécifique aux contractants (§1.). Dès lors, il faut rejeter la possibilité de la fonder dans le contrat, de la qualifier d'obligation contractuelle (§2.).

§1 : La bonne foi, exigence non spécifique aux contractants.

La bonne foi ne s'impose pas qu'à ceux qui ont contracté. En effet, elle correspond à des impératifs extérieurs au seul domaine contractuel (A.). En outre, la notion joue indifféremment en présence d'un contrat et en l'absence d'un tel lien (B.).

A. Le fondement de la bonne foi dans des impératifs extérieurs au champ purement contractuel.

Les enseignements de l'histoire s'avèrent encore une fois très riches. En effet, l'étude historique a bien souvent permis de révéler que la bonne foi était une notion qui répondait à des considérations d'ordre très général. D'abord inspirée par la religion, elle était avant tout considérée à Rome comme une valeur fondamentale de la vie en société, qui s'imposait à tout

citoyen, avant même de connaître des implications juridiques³⁹³. Ce sous-entendu religieux de la notion a longtemps perduré, si bien que la bonne foi est d'abord une notion religieuse. Chez Domat ou Pothier, elle est une conséquence directe de la règle d'amour mutuel, qui régit tous les engagements, s'impose donc à tout individu vivant en société au nom d'impératifs religieux³⁹⁴. Puis, au cours des travaux préparatoires du Code civil, au delà de l'adhésion de ses rédacteurs aux solutions du droit romain et aux écrits de Domat et de Pothier, elle est envisagée comme répondant aux nécessités de l'équité et du droit naturel³⁹⁵. La bonne foi, comme les principes essentiels de droit des obligations, répond dès lors à des nécessités d'ordre général, et non propres à la seule matière des contrats. En outre, la formulation de l'article 1134, alinéa 3 paraît assez révélatrice. En effet, elle n'indique pas que les conventions sont de bonne foi, mais qu'elles « doivent être » exécutées de bonne foi, en raison, semble-t-il, d'impératifs supérieurs³⁹⁶. Par la suite, la référence par Demogue au mouvement du solidarisme peut être interprétée comme traduisant l'extériorité du fondement de la bonne foi au contrat. En effet, le solidarisme n'est-il pas avant tout une doctrine de philosophie politique³⁹⁷ ? Ne peut-on affirmer que si la bonne foi doit régner dans les contrats au nom de la doctrine solidariste, et impliquer la solidarité des contractants, c'est parce que, pour les tenants du solidarisme, la solidarité doit imprégner les relations entre individus de façon générale ? Ne s'agit-il pas alors d'une simple application, dans le domaine du contrat, d'une exigence de solidarité répondant à des considérations de portée très générale, et relatives à la façon de vivre en société ? Au cours des siècles, la bonne foi s'est donc révélée être une notion inspirée par des nécessités de portée très vaste.

Aujourd'hui, il semble encore possible de constater que la bonne foi répond à des impératifs d'ordre général, extérieurs à la seule matière contractuelle, si bien qu'il faut admettre que cette caractéristique lui est intrinsèque. Ainsi, la référence fréquente par les auteurs de doctrine, notamment depuis l'œuvre de Ripert³⁹⁸, au fondement moral de la bonne foi laisse transparaître assez nettement le fait que la bonne foi ne correspond pas à des

³⁹³ Voir nos développements relatifs à la question, notamment *supra*, pp.23-25 et pp.28-30.

³⁹⁴ Voir nos développements relatifs à la question, *supra*, pp.35-37 et 44-45.

³⁹⁵ Voir nos développements relatifs à la question, *supra*, p.52.

³⁹⁶ Voir nos développements relatifs à la question, *supra*, p.56.

³⁹⁷ Voir nos développements relatifs à la question, *supra*, p.84.

³⁹⁸ RIPERT (G.), *op. cit.*, *supra* notre note n°44.

nécessités qui visent les seuls contractants, mais qu'elle est une conséquence d'impératifs d'ordre beaucoup plus général. De même, le renouveau contemporain de la doctrine solidariste ne suggère t'il pas qu'il convient dans un contrat de respecter des « impératifs supérieurs qui innervent le droit des contrats³⁹⁹ »?

Ainsi, les nécessités que la bonne foi traduit ne relèvent pas seulement du domaine des rapports entre les contractants, mais correspondent à des impératifs beaucoup plus vastes. Dès lors, pourquoi la bonne foi ne devrait-elle régner que dans le cadre des relations entre des individus liés par un contrat ? Le fait que la bonne foi réponde à des exigences de portée très générale révèle alors qu'elle n'est pas une exigence spécifique aux contractants.

Cette conclusion est confirmée par le constat que l'exigence de bonne foi est indifférente à la présence du rapport contractuel.

B.L'indifférence de la bonne foi à l'existence d'un rapport contractuel.

Au cours de l'histoire, il est souvent apparu que le champ d'application de la bonne foi devait être très largement défini. En effet, à Rome, elle irradiait déjà l'ensemble du droit privé, et jouait aussi bien au niveau de la formation de l'acte, en l'absence de contrat déjà conclu, qu'au niveau de son exécution⁴⁰⁰. Durant la période postérieure à l'époque romaine, la bonne foi a également connu un très large champ d'application. Dans les écrits de Domat, elle visait toutes sortes d'engagements, conventionnels ou non⁴⁰¹. Dès lors, elle ne dépendait pas de l'existence d'un lien contractuel, d'autant plus qu'elle devait intervenir, pour Domat⁴⁰² comme pour Pothier⁴⁰³, tant à l'égard de la formation de l'acte qu'à l'égard de son exécution. Les rédacteurs du Code civil ont également entendu consacrer son importance autant lors de la formation du contrat qu'au moment de son exécution⁴⁰⁴, mais aussi au fondement de tous les engagements, quels qu'ils soient⁴⁰⁵. Puis, par la suite, si une partie de la doctrine paraît

³⁹⁹ MAZEAUD (D.), *op. cit.*, p.631.

⁴⁰⁰ Voir nos développements relatifs à la question, *supra*, pp.27-28.

⁴⁰¹ Voir nos développements relatifs à la question, *supra*, pp.40.

⁴⁰² Voir nos développements relatifs à la question, *supra*, pp.40-41.

⁴⁰³ Voir nos développements relatifs à la question, *supra*, p.44.

⁴⁰⁴ Voir nos développements relatifs à la question, *supra*, pp.54-56.

⁴⁰⁵ Voir nos développements relatifs à la question, p.54.

avoir cantonné la bonne foi dans un rôle de peu d'ampleur, il semble que ce n'ait été qu'à la suite d'un phénomène d'hypertrophie du dogme de l'autonomie de la volonté⁴⁰⁶.

L'histoire révèle donc que la bonne foi n'a jamais été véritablement dépendante de l'existence d'un contrat, et qu'il semble relever de sa nature même de pouvoir jouer sans que la présence d'un lien contractuel soit nécessairement établie. Elle ne paraît donc pas propre à la sphère des contractants.

D'ailleurs, c'est ce que confirme la jurisprudence actuelle en faisant jouer l'exigence de bonne foi aussi bien durant l'exécution du contrat que durant sa phase de formation, sans que sa nature en soit fondamentalement affectée.

La présence ou l'absence du lien contractuel paraît alors indifférente, si bien que jusqu'au cœur du contrat, l'exigence de bonne foi n'acquiert pas une spécificité telle qu'elle paraisse propre aux contractants. Divers arguments militent en ce sens.

Tout d'abord, il est établi que, quelles que soient ses manifestations, quel que soit le stade du contrat auquel elle intervient, l'exigence de bonne foi répond toujours à l'idée d'altruisme⁴⁰⁷.

Ensuite, certaines exigences fondées sur la bonne foi paraissent quasiment identiques, qu'un contrat ait été conclu ou non. Ainsi, l'exigence d'information s'impose aussi bien lors de la phase de formation du lien contractuel que lors de son exécution. Comment caractériser, dès lors, une quelconque spécificité de cette exigence au cours de l'exécution du contrat ? De même, la problématique de la rupture des pourparlers, sanctionnée sur le fondement de la bonne foi, évoque celle de la rupture des relations entre concédant et concessionnaire⁴⁰⁸. L'exigence de bonne foi s'inscrit dans une même logique: il existe une sorte de devoir de préparation du partenaire à la rupture, qui implique notamment de ne pas le laisser investir outre mesure, et donc de prendre soin de ses intérêts.

Dans le même sens, il apparaît que le législateur et la jurisprudence ont pu mettre en relief l'identité de nature de l'exigence de bonne foi, peu important qu'un contrat ait été

⁴⁰⁶ Voir nos développements relatifs à la question, *supra*, pp.60-67.

⁴⁰⁷ Voir nos développements relatifs à la question, Partie II, Chapitre I.

⁴⁰⁸ Voir nos développements, *supra*, p.105 et p.109.

conclu ou non. Ainsi, par exemple, il est possible de faire référence à la loi n° 96-588 du 01 juillet 1996, qui concerne « la loyauté et l'équilibre des relations commerciales ». L'intitulé de cette loi ne distingue pas selon que l'on se situe dans un cadre contractuel ou non, insistant ainsi sur le peu d'incidence de ce dernier élément au regard de l'exigence de bonne foi. Il est également possible de faire référence à quelques arrêts ayant entendu viser la bonne foi « dans les relations commerciales⁴⁰⁹ », peu important encore la nature contractuelle ou non de ces relations.

Un autre argument de poids peut être avancé afin de souligner l'identité fondamentale de l'exigence de bonne foi, que l'on se situe au sein du champ contractuel ou non. Dans certaines hypothèses, la jurisprudence va en effet se référer à l'article 1134, alinéa 3 du Code civil au stade de la formation du contrat. Ainsi, le 10 mai 1989, la première chambre civile de la Cour de cassation indique au visa des articles 1116 et 1134, alinéa 3 du Code civil que « manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son client est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager⁴¹⁰ ». La combinaison d'un article relatif à la formation du contrat et de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, afin de résoudre un litige relatif à la formation du contrat, révèle la possibilité d'identifier pleinement l'exigence de bonne foi lors de la formation du contrat et l'exigence de bonne foi lors de l'exécution du contrat. L'existence du rapport contractuel paraît dès lors indifférente.

Enfin, il semble possible de tirer argument de la jurisprudence et de la doctrine belges pour souligner que l'exigence de bonne foi en l'absence de conclusion du contrat ne diffère guère de l'exigence de bonne foi en présence d'un contrat conclu. En effet, bien que la référence aux solutions avancées en Belgique ne vaille qu'à titre de comparaison, il faut tout de même rappeler que le Code civil belge est originellement identique au Code civil français. Ainsi, le juge de paix de Liège a t'il pu évoquer, le 16 novembre 1990, « le principe d'exécution de bonne foi des conventions, consacré par l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, qui implique une obligation de loyauté, de pondération et de collaboration tant au moment de

⁴⁰⁹ Voir par exemple Cass. Com., 20 mars 1972, *précité supra*, notre note n°353 ; Cass. Com., 22 avril 1997, *précité supra*, notre note n°49.

⁴¹⁰ Cass. Com., 10 mai 1989, *JCP éd. G.*, 1989-II-21363, note LEGEAIS (D.).

la formation qu'en cours d'exécution⁴¹¹ ». Donc, de façon similaire à ce qui a pu être jugé en France, la juridiction a fait jouer le texte relatif à la bonne foi dans l'exécution du contrat au stade de sa formation, révélant ainsi le caractère assimilable des exigences, indépendamment de l'existence ou non d'un contrat. D'ailleurs, la doctrine belge insiste sur ce point, précisant que la bonne foi s'apprécie selon les mêmes critères dans la négociation et dans l'exécution du contrat⁴¹². Un auteur s'interroge ainsi : « Pourquoi baser la même norme sur deux fondements juridiques différents ?⁴¹³ ».

L'existence ou non du lien contractuel paraît alors ne pas exercer d'influence particulière sur l'exigence de bonne foi.

La bonne foi n'est donc pas une exigence spécifique aux contractants. En effet, à la lumière de l'histoire, il a été possible de constater qu'elle répondait à des exigences dépassant largement le cadre de la seule relation entre contractants. En outre, il s'est avéré qu'elle s'était toujours illustrée en dehors du seul domaine contractuel, et qu'elle ne lui était donc pas propre, la présence du contrat ne la marquant d'ailleurs pas d'une empreinte particulière. Ainsi, jusqu'au sein du contrat, la bonne foi ne présente aucune particularité la caractérisant comme spécifique aux contractants. C'est ce qui justifie que son fondement soit établi en dehors du contrat.

⁴¹¹ Voir pour la référence à ce jugement PHILIPPE (D.), « Rapport belge » *in op. cit., supra* notre note n°1, p.72.

⁴¹² Voir à ce sujet *ibid.*

⁴¹³ *Ibid.*

§2 : Le rejet de la qualification d'obligation contractuelle fondé sur la portée de l'exigence de bonne foi.

La définition du contenu du contrat peut varier selon la conception de la relation contractuelle que l'on adopte. Il est en effet possible de considérer que le contrat doit contenir tout ce que les parties ont voulu. C'est alors la volonté des parties qui détermine le contenu du contrat⁴¹⁴. Il est envisageable, au contraire, d'estimer que le contrat doit avant tout être interprété et appliqué en fonction du but social qu'il permet d'atteindre, ce dernier important davantage que le respect des volontés⁴¹⁵. Le contrat, interprété en fonction de ce but social, révélerait ainsi certaines exigences non envisagées par les parties.

Mais, il apparaît que l'exigence de bonne foi témoigne ici d'une certaine particularité. Ainsi, il est établi qu'elle n'est pas propre aux contractants, et qu'elle est indifférente à l'existence d'un contrat, ce dernier ne la marquant pas d'une empreinte telle qu'elle acquière une spécificité remarquable. Dès lors, le terme de devoir ne pourrait-il pas sembler plus approprié ? Pourtant, un auteur a récemment insisté, dans une thèse, sur le caractère d'obligation contractuelle de la bonne foi⁴¹⁶.

Avant d'apporter une réponse, il convient de déterminer précisément le sens des termes « obligation » et « devoir ». Pour un auteur, le devoir correspondrait à « ce que l'on doit faire, défini par le système moral que l'on accepte, par la loi, les convenances, les circonstances⁴¹⁷ ». De façon similaire, pour M.Picod, la notion de devoir vaudrait essentiellement par sa coloration morale, le terme d'obligation valant surtout par sa

⁴¹⁴ Voir par exemple à ce sujet JOSSERAND (L.), « L'essor moderne du concept contractuel » in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris : Sirey, 1934, Tome II, p.345, qui critique l'ancrage au sein du contrat de l'obligation de sécurité, en ce qu'elle ne cadre pas avec l'intention des parties.

⁴¹⁵ Voir à ce sujet GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, Les effets du contrat*, 3^{ème} édition, Paris : LGDJ, 2001, p.65.

⁴¹⁶ Voir la synthèse des développements de cette thèse de DESGORGES (R.), *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, par GHOZI (A.), *RTD civ.*, 1992, pp.682-683.

⁴¹⁷ DIESSE (F.), « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Archives de philosophie du droit*, 1999, p.269.

connotation très juridique⁴¹⁸. Ainsi, il semble que la notion de devoir corresponde davantage à une conception de la bonne foi fondée sur l'altruisme, sur une valeur morale.

Au-delà de cette distinction tenant à la nature morale ou juridique des notions, le terme d'obligation paraît renvoyer à l'idée de lien, qui semble impliquer une certaine spécialité de l'obligation, alors que le devoir pèse sur tous. Il existerait une dialectique entre spécialité de l'obligation et généralité du devoir⁴¹⁹. Alors que le devoir pèse en permanence sur l'individu, l'obligation naît et meurt, puis une nouvelle obligation naîtra à l'occasion d'un nouvel engagement. Il en résulte que le terme de devoir paraît bien plus approprié à l'exigence de bonne foi, puisque la bonne foi n'est pas spéciale aux contractants, n'est pas dépendante du contrat, qu'elle n'est pas propre à la relation contractuelle établie entre deux individus.

C'est une certaine conception de l'obligation contractuelle qui prévaut alors : n'entre dans le contrat que ce qui est spécifique aux contractants. Or, la bonne foi est une exigence de portée générale, qui s'impose à tous les individus, qu'ils soient ou non liés par un contrat. La portée de l'exigence de bonne foi justifie son exclusion du champ contractuel : jusqu'au sein du contrat, elle n'est pas une exigence propre aux contractants. Il paraît donc concevable de refuser à la bonne foi la nature d'obligation contractuelle, pour lui préférer la qualification de devoir.

Mais, dès lors, si la bonne foi n'est pas une obligation contractuelle, que penser des diverses exigences dérivées de la bonne foi, et que le juge impose aux contractants ?

Il semble établi en jurisprudence que ces exigences de conseil, d'information ou de bonne foi sont de nature contractuelle lorsqu'elles sont imposées au cours de l'exécution du contrat.

Pourtant, il peut être établi que les diverses exigences de conseil, d'information ou de sécurité répondent à des préoccupations de portée générale. Ainsi, il est établi qu'elles découlent avant tout de la nécessité de porter attention aux intérêts d'autrui, qui n'est pas propre au domaine du contrat.

⁴¹⁸ PICOD (Y.), *op. cit.*, *supra* notre note n°8, p.13.

⁴¹⁹ STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, *supra* notre note n°17, p.134.

D'ailleurs, l'exigence d'information, par exemple, intervient aussi bien en présence d'un contrat qu'en l'absence d'un tel lien. Cela est significatif : le fait qu'un contrat ait été conclu n'a pas d'incidence, il convient avant tout de se préoccuper des intérêts de l'autre.

De même, l'exemple de l'exigence de prise en compte de la sécurité de son partenaire, imposée par la jurisprudence, s'avère ici révélateur. Certes, cette exigence dérive le plus souvent en jurisprudence de l'article 1135 du Code civil. Toutefois, il n'est pas possible d'écarter tout lien entre cette obligation de sécurité et la bonne foi⁴²⁰. Or, l'idée se répand aujourd'hui que l'obligation de sécurité ne présente pas un caractère spécifiquement contractuel⁴²¹. En effet, elle répond davantage à une exigence de portée générale : « la sécurité d'autrui est un impératif de portée générale susceptible de constituer l'objet d'une norme de comportement indépendante de tout contrat. La sécurité peut en effet être rationnellement attendue de tous et est due par tous, en dehors de toute promesse et de tout contrat ; elle est en quelque sorte 'hors contrat'⁴²². ». Dès lors, il semble que, quoique l'obligation de sécurité se voie encore reconnaître une nature contractuelle en jurisprudence, il soit envisageable de la « délictualiser », puisqu'elle n'a pas de nature spécifiquement contractuelle. Il en résulterait davantage de cohérence quant à la nature du fondement de l'obligation de sécurité. Correspondant fondamentalement à une exigence d'altruisme, imposant de ne pas mettre en cause la sécurité d'autrui, de prendre en compte ses intérêts, elle se fonde en effet en dehors du contrat. Dès lors, l'obligation de sécurité telle qu'imposée au sein du contrat ne diffère en rien d'une exigence extra contractuelle.

Plus généralement, pourquoi ne pas admettre que, puisque les diverses exigences fondées sur la bonne foi dite contractuelle, ne sont pas spécifiques aux contractants jusqu'au cœur du contrat, elles conservent même au cours de l'exécution du contrat leur fondement en dehors de ce dernier ? Les exigences de conseil, d'information, de sécurité, devraient alors

⁴²⁰ Voir notamment BENABENT (A.), « Rapport français », *in op. cit., supra* notre note n°1, p.294 ; DARMAISIN (S.), *op. cit., supra* notre note n°25, p.157, qui fait dériver l'obligation de sécurité de la bonne foi

⁴²¹ Voir notamment JOURDAIN (P.), « Le fondement de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.*, 1997, p.1196 et suivantes.

⁴²² *Id.*, p.1198.

être considérées comme des devoirs, et non comme des obligations contractuelles. C'est leur portée qui légitime leur exclusion du champ contractuel⁴²³.

Pourtant, un auteur⁴²⁴ a récemment paru contester cette possibilité d'exclure du champ du contrat les exigences imposées aux contractants sur le fondement de la bonne foi dite contractuelle.

En ce qui concerne la bonne foi dite du contractant⁴²⁵, il a admis qu'elle réponde, jusqu'au sein du contrat, à une exigence générale de civilité, et qu'elle se fonde jusque dans ce cadre en dehors du contrat : « Si la bonne foi manifeste une exigence de comportement qui joue dans les relations sociales indépendamment de leur caractère contractuel ou extra contractuel, on ne voit pas pour quelle raison elle changerait de nature au cours de l'exécution du contrat⁴²⁶. ». Pour lui, « Cela revient à affirmer que la bonne foi n'est pas une obligation contractuelle mais une obligation pesant sur tous les particuliers, jusque dans un contrat⁴²⁷ ».

Mais, il a prétendu que la bonne foi contractuelle, permettant d'insérer diverses exigences au sein du contrat, était radicalement différente, et il n'a pas entendu affirmer que les obligations de conseil ou d'information se fondent en dehors du contrat.

Pourtant, il n'est pas permis d'approuver cette opinion : la distinction entre bonne foi contractuelle et bonne foi du contractant ne saurait avoir de portée autre que descriptive⁴²⁸. En outre, les exigences d'information, de conseil, de sécurité, ne sont que l'expression d'une exigence d'altruisme s'imposant à tout un chacun et ne sont guère spécifique aux contractants. Elles ne doivent dès lors, selon nous, pas être qualifiées d'obligations contractuelles.

⁴²³ Voir en ce sens REMY (P.), « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, pp.354-355 ; VINEY (G.), « La responsabilité contractuelle en question », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, Paris : LGDJ, 2001, p.946, qui propose de « réviser le contenu obligatoire du contrat en en détachant certains devoirs de portée générale, notamment certaines obligations de sécurité. ».

⁴²⁴ STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, *supra* notre note n°17.

⁴²⁵ En ce qui concerne cette notion, voir nos développements *supra*, pp.8-9.

⁴²⁶ STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, *supra* notre note n°17, p.116.

⁴²⁷ *Id.*, p.118.

⁴²⁸ Voir nos développements, *supra* p.113-115.

Ainsi, la bonne foi et les exigences qui en dérivent doivent être considérées comme se fondant en dehors du contrat⁴²⁹, dès lors que la notion n'apparaît, grâce notamment aux enseignements de l'histoire, guère spécifique aux contractants. Sa portée, générale, justifie son exclusion du rapport contractuel. Dès lors, qu'un contrat ait ou non été conclu, la bonne foi se fonde en dehors du contrat. Elle se fonde donc dans le seul domaine extra contractuel, est à cet égard fondamentalement unitaire. Quelles conséquences tirer de ce constat ?

SECTION II. : LES CONSEQUENCES DU CARACTERE EXTRA CONTRACTUEL DU FONDEMENT DE LA BONNE FOI.

La bonne foi se fonde en dehors du contrat. Il en résulte alors la possibilité d'affirmer l'indépendance de la bonne foi au regard du contrat conclu (§1.). Il en résulte également qu'il semble opportun de définir un principe général de bonne foi dans les contrats, traduisant l'idée que la bonne foi ne découle pas du contrat, mais d'une exigence supérieure et générale (§2.).

§1. : Indépendance de la bonne foi au regard du contrat conclu.

La bonne foi se fonde en dehors du contrat. Cela permet d'expliquer qu'elle intervienne alors même qu'aucun contrat n'est conclu, ce qui témoigne de son indépendance au regard de ce dernier (A.). Mais, cela permet aussi de situer la bonne foi hors l'emprise du contrat. Ainsi, cela permet de refuser l'application du régime, propre à la sphère contractuelle, de la responsabilité contractuelle, même au sein du contrat conclu (B.). Cela permet enfin de ne pas

⁴²⁹ Nous avons bien conscience qu'en ce qui concerne les différents devoirs de sécurité, de conseil, d'information, le droit positif semble davantage orienté vers la reconnaissance de leur caractère contractuel. Nous entendons simplement proposer une voie nouvelle, qui nous semble plus adéquate à leur nature.

envisager la bonne foi dans la dépendance de la force obligatoire du contrat, principe propre au domaine du contrat conclu, et d'en faire un possible contrepois (C.).

A. L'explication de la présence de la bonne foi dès la formation du contrat.

L'article 1134, alinéa 3 du Code civil ne vise l'exigence de bonne foi qu'au stade de l'exécution du contrat. Au stade de la formation du contrat, si certains textes peuvent fonder l'exigence de bonne foi, la jurisprudence la fait également intervenir en l'absence de tout support textuel⁴³⁰. Dès lors, comment expliquer la présence de la bonne foi alors qu'aucun contrat ne lie les parties ?

Une réponse peut être apportée : si la bonne foi se fonde en dehors du contrat, en raison de sa portée qui dépasse la sphère de la seule exécution du contrat, on conçoit qu'elle innerve l'ensemble du champ contractuel, de sa formation à son exécution. Puisque la bonne foi n'est pas spécifique aux contractants, puisqu'elle répond à des impératifs supérieurs, il est compréhensible qu'elle ne se cantonne pas au domaine de l'exécution du contrat, et ne soit pas dépendante de ce dernier.

Il apparaît ainsi nettement que l'article 1134, alinéa 3 n'est qu'une application d'une exigence plus générale, et ne témoigne pas d'une quelconque dispersion de la bonne foi selon la phase contractuelle concernée.

L'explication que le constat de l'extériorité du fondement de la bonne foi au contrat permet de fournir à la présence de l'exigence de bonne foi en l'absence même de rapport contractuel permet de rejeter deux autres explications.

En effet, la présence de la bonne foi au cours de la phase de formation du contrat pourrait s'expliquer par l'influence du contrat conclu sur sa phase de formation. Les exigences imposées lors de la phase de formation du contrat, dont l'exigence de bonne foi, trouveraient leur justification dans la nécessité de préparer une bonne exécution du contrat. Ce sont donc les impératifs de la phase d'exécution du contrat qui expliqueraient que la bonne foi règne avant que le contrat ne soit conclu. Mais, qu'advient-il alors si le contrat n'est jamais

⁴³⁰ Voir nos développements, *supra* p.13.

conclu ? La bonne foi produira néanmoins des effets dès la phase de négociation du contrat. Il n'est pas possible de soutenir que la présence de la bonne foi exigée au cours de la formation du contrat s'explique par la nécessité de préparer une exécution du contrat dans de bonnes conditions. La bonne foi répond à des exigences supérieures, elle n'est pas spécifique aux contractants, et innerve dès lors le champ contractuel dès la phase de formation du contrat, sans que la considération du contrat conclu entre en jeu. Comment expliquer la présence de la bonne foi dès la formation du contrat par les impératifs relevant de son exécution, alors que la bonne foi est indépendante dans son fondement de l'existence d'un contrat ?

La présence de la bonne foi dès la phase de formation du contrat pourrait encore s'expliquer par la présence d'un contrat moral tacite, qui serait conclu entre deux individus entrant en relation⁴³¹, et qui imposerait le respect de la bonne foi⁴³². Cette théorie présente l'indéniable avantage de relativiser la distinction entre formation et exécution du contrat. En effet, le seul rapprochement de deux individus implique la conclusion du contrat moral, sans qu'un contrat soit expressément conclu. Il en résulte que la bonne foi doit régner dès la formation du contrat, alors même qu'aucun contrat n'a été conclu. Toutefois, cette théorie paraît présenter plusieurs inconvénients. Tout d'abord, elle recourt expressément à la fiction de la conclusion d'un contrat moral tacite⁴³³, et cette construction peut paraître artificielle. En outre, elle conduit à étendre le champ de la responsabilité contractuelle⁴³⁴, à l'heure où une partie importante de la doctrine regrette son extension inconsidérée⁴³⁵. Enfin, la portée de l'exigence de bonne foi légitime qu'elle ne soit pas réduite à une obligation contractuelle⁴³⁶.

Ainsi, il paraît plus cohérent d'affirmer que la bonne foi se fonde en dehors du contrat, qu'un contrat ait ou non été conclu, et d'en déduire la présence de la bonne foi dès la phase de formation du contrat, comme une conséquence normale de son extranéité à la matière purement contractuelle.

⁴³¹ DARMAISIN (S.), *op. cit.*, p.232.

⁴³² *Id.*, pp.140 et suivantes.

⁴³³ *Id.*, p.237.

⁴³⁴ *Id.*, p.232.

⁴³⁵ Voir notamment TALLON (D.), *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation*, *RTD civ.*, 1994, pp.223 et suivantes ; REMY (P.), *op. cit.*, pp.323 et suivantes ; JOURDAIN (P.), *op. cit.*, *supra* notre note n°421, p.1196 et suivantes ; VINEY (G.), *op. cit.*, pp.921 et suivantes, dans une certaine mesure.

Dans cette optique, explicative, la bonne foi apparaît bien indépendante du contrat conclu. Cette indépendance est encore révélée par le constat que le manquement à la bonne foi ne saurait engendrer l'application du régime de la responsabilité contractuelle.

B. L'inapplication du régime de la responsabilité contractuelle⁴³⁷.

La bonne foi ne se fonde pas dans le contrat, quelle que soit la phase du contrat concernée. Dès lors, elle ne peut être définie comme une obligation contractuelle. Logiquement, il en résulte que le manquement à la bonne foi ne peut engendrer l'application du régime de la responsabilité contractuelle⁴³⁸.

En effet, il est classiquement admis que l'application d'une responsabilité d'ordre contractuel suppose l'inexécution d'une obligation contractuelle⁴³⁹. Or, il nous est apparu que la bonne foi et les diverses exigences qu'elle a permis de découvrir (exigences de sécurité, d'information, de conseil) ne doivent pas, en réalité, être considérées comme des obligations contractuelles⁴⁴⁰. Dès lors, leur violation ne devrait pas, selon nous, entraîner l'application de la responsabilité contractuelle, et ce bien que le droit positif ne semble pas aller en ce sens en ce qui concerne les devoirs greffés sur le contrat.

Leur violation correspond en réalité à la violation d'exigences de portée générale, qui répondent fondamentalement à des exigences ne relevant pas spécifiquement de la sphère des contractants, qui ne découlent pas du contrat. Dès lors, il n'y a guère de raison de leur appliquer le régime de la responsabilité contractuelle, qui sanctionne les exigences propres à la sphère des contractants, les obligations contractuelles. Lorsque les conditions seront réunies, c'est donc le régime de la responsabilité délictuelle qui devra recevoir application.

⁴³⁶ Voir nos développements *supra*, pp. 124-128.

⁴³⁷ A supposer qu'existe une responsabilité contractuelle : voir notamment au sujet de ce débat les travaux cités *supra*, notre note n°435.

⁴³⁸ Voir en sens inverse MALAURIE (P.), AYNES (L.), *op. cit.*, *supra* notre note n°39, qui affirment sans argumentation particulière que le manquement à la bonne foi est source de responsabilité contractuelle.

⁴³⁹ Voir par exemple TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, *supra* notre note n°42, pp.508-512 ; LETURMY (L.), « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD civ.*, 1998, p.839.

⁴⁴⁰ Voir nos développements *supra*, pp.123-126.

Ce dernier s'applique logiquement lorsque le contrat n'est pas encore conclu, et qu'un négociateur manque à la bonne foi⁴⁴¹.

Lorsque le manquement à la bonne foi survient en cours d'exécution du contrat, la présence du contrat conclu ne saurait avoir d'incidence à cet égard, puisque ce n'est pas le contrat qui a engendré la nécessité de respecter la bonne foi. L'engagement de la responsabilité délictuelle d'un contractant en cours d'exécution du contrat est ainsi classiquement admise, dans des cas où le manquement à un devoir général peut être caractérisé, par exemple dans l'hypothèse où un contractant blesse l'autre. Les hypothèses sont nombreuses⁴⁴², et il n'y a donc là rien de choquant.

D'ailleurs, dans le domaine même du manquement à l'exigence de bonne foi, la jurisprudence a pu sanctionner le manquement à cette exigence en cours d'exécution du contrat sur le fondement délictuel. Ainsi, le 14 mai 1970, la Cour d'appel de Paris⁴⁴³ a pu condamner une société en précisant que son attitude, manifestement déloyale, constituait « une faute quasi-délictuelle distincte de la faute contractuelle qui aurait consisté à ne pas exécuter le contrat lui-même ». L'exigence de bonne foi est donc, au sein même du champ contractuel, sanctionnée sur le plan délictuel, ce qui semble logique dans la mesure où elle ne se fonde pas dans le contrat. De même, et si l'on considère que l'abus constitue un manquement à l'exigence de bonne foi, il faut bien constater qu'il est de jurisprudence constante de souligner la nature délictuelle ou quasi-délictuelle de la responsabilité engendrée par un abus en cours d'exécution du contrat⁴⁴⁴. Dès lors, le manquement à la bonne foi engendre l'application de la responsabilité délictuelle jusqu'au sein même du contrat.

En ce sens, un auteur a récemment mis en lumière le fait que la bonne foi ne s'accordait pas au régime de la responsabilité contractuelle⁴⁴⁵. Ainsi, selon lui, le système de la responsabilité contractuelle jurerait avec l'aspect moral et la source sociale de la bonne

⁴⁴¹ Voir par exemple en ce sens CA Rennes, 08 juillet 1929, *précité, supra* notre note n°352 ; Cass. Com., 20 mars 1972, *précité, supra* notre note n°353 ; CA Paris, 10 mars 2000, *précité, supra* notre note n°354.

⁴⁴² Voir à ce sujet LETURMY (L.), *op. cit.*, pp.839 et suivantes.

⁴⁴³ CA Paris, 14 mai 1970, *JCP éd. G.*, 1971-II-16571, note JUILLARD (P.).

⁴⁴⁴ Voir en ce sens Cass. Soc., 11 juin 1953, *D.* 1953, *jur.* p.661.

⁴⁴⁵ STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit., supra* notre note n°17.

foi⁴⁴⁶. De plus, l'exigence de bonne foi ne pourrait se voir appliquer les sanctions relevant du domaine de la responsabilité contractuelle qui seraient soit inapplicables, soit inopportunes⁴⁴⁷. Seule la sanction de la résolution ferait exception⁴⁴⁸, une certaine doctrine admettant généralement cette idée, et les arrêts d'Assemblée plénière du premier décembre 1995 relatifs au problème de l'indétermination du prix consacrant cette solution⁴⁴⁹. En effet, visant dans certains arrêts l'article 1134 du Code civil, vraisemblablement au titre de l'exigence de bonne foi, la Cour de cassation énonce alors que l'abus dans la fixation du prix est sanctionné par la résiliation du contrat, sanction relevant de la responsabilité contractuelle, ou par une indemnisation. Pourtant, il conviendrait, selon l'auteur, de délimiter la portée de la solution : ne pas admettre la résolution aurait en l'espèce conduit à « laisser le débiteur lié par le nouveau prix (abusif) tout en affirmant son droit à se payer du manque de bonne foi du fournisseur⁴⁵⁰. ». C'est donc pour cette raison que la sanction de la résolution aurait été utilisée. Elle a pu paraître adaptée pour des raisons tenant aux espèces présentées à la Cour de cassation. Mais, de façon générale, il faut bien admettre que l'exigence de bonne foi ne se prête pas de façon technique à l'application des sanctions relevant du domaine de la responsabilité contractuelle.

Ainsi, des arguments d'ordre technique viennent confirmer l'inadéquation du régime de la responsabilité contractuelle à la sanction du devoir de bonne foi.

Admettre la nature délictuelle de la responsabilité née du manquement à l'exigence de bonne foi permettrait assurément de mieux délimiter le champ de la responsabilité contractuelle, satisfaisant ainsi les vœux d'une partie influente de la doctrine⁴⁵¹. Notamment, cela permettrait de faire bénéficier les victimes du régime souvent plus favorable de la responsabilité délictuelle⁴⁵².

⁴⁴⁶ STOFFEL-MUNCK (P.), *id.*, p.131.

⁴⁴⁷ Voir pour cette brillante démonstration, *id.*, pp.142-151.

⁴⁴⁸ *Id.*, p.151.

⁴⁴⁹ Cass. AP., 01 décembre 1995, *précités, supra* notre note n°376.

⁴⁵⁰ STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit., supra* notre note n°17, p.163.

⁴⁵¹ Voir les auteurs cités *supra*, notre note n°435.

⁴⁵² Voir notamment JOURDAIN (P.), *op. cit., supra* notre note n°421, p.1198.

Mais, surtout, une telle solution est conforme à la nature fondamentale de la bonne foi et des exigences qui en découlent. La bonne foi, quelle que soit la phase contractuelle concernée, n'est donc pas dépendante du régime de la responsabilité contractuelle. Il n'est donc pas possible de soutenir que la bonne foi au cours de l'exécution du contrat se différencie de la bonne foi exigée au cours de la formation du contrat en ce que la première, au contraire de la seconde, engendrerait l'application de la responsabilité d'ordre contractuel.

Donc, se fondant en dehors du contrat, la bonne foi ne se situe pas sous son emprise. C'est ainsi qu'elle peut constituer un véritable contrepoids à la force obligatoire du contrat.

C. La bonne foi, possible contrepoids de la force obligatoire du contrat.

La bonne foi est une notion d'inspiration morale, dont on a établi qu'elle se fondait dans l'idée d'altruisme. Ainsi, l'introduction en droit des contrats d'une telle exigence est susceptible d'apporter une certaine flexibilité, et de conférer au juge une certaine liberté. Dès lors, la bonne foi ne constitue t'elle pas une menace pour la force obligatoire du contrat ? La prise en compte de la bonne foi ne peut-elle conduire à remettre en cause la loi des parties ? Ne risque t'elle pas d'engendrer une certaine instabilité dans l'exécution du contrat ?

La question des rapports entre bonne foi et force obligatoire du contrat n'est pas récente. Il est déjà apparu que la doctrine du dix-neuvième siècle et de la première moitié du vingtième siècle avait eu tendance à limiter le rôle de la bonne foi au nom de la nécessité de respecter la volonté des parties, la loi qu'elles s'étaient elles-mêmes fixée.

Aujourd'hui, la question suscite encore débat. Ainsi, M.Aynés s'interroge sur les relations que doivent entretenir bonne foi et force obligatoire du contrat: « Faut-il redouter le principe d'exécution de bonne foi, et son cortège de conséquences sur les contrats à long terme (devoir de collaboration, devoir de renégocier) ? Oui, si l'on fait de la bonne foi un principe d'équité, contrepoids de la force obligatoire, expression d'un utile et d'un juste, qui seront finalement abandonnés au sentiment du juge ou de l'arbitre ; ou d'un prétendu « solidarisme » contractuel, qui prétendrait ignorer que les contrats commerciaux ne sont pas œuvre de charité. Non, si l'on fait de la bonne foi le prolongement, et non la limite, de la force obligatoire, un devoir de cohérence dans la durée, destiné à donner au contrat sa pleine

efficacité⁴⁵³. ». Ainsi, la référence au solidarisme, à l'altruisme, serait un danger en constituant un contrepoids à la force obligatoire du contrat. Eviter le danger consisterait à soumettre le principe de bonne foi à celui de force obligatoire du contrat. La bonne foi doit donc constituer un prolongement de la force obligatoire du contrat, elle doit être cantonnée dans ce rôle.

C'est ce qu'exprime un autre auteur de la façon suivante : « exécuter un contrat 'de bonne foi' signifie tout simplement l'exécuter complètement, en conformité avec la volonté concrète de l'autre partie⁴⁵⁴ ». Ainsi, « l'exécution 'de bonne foi' du contrat sera toujours forcément soit englobée, soit confondue avec l'exécution de cette volonté, puisque l'on ne peut aller au-delà⁴⁵⁵ ». L'article 1134, alinéa 3 ne serait alors qu'un doublon de l'article 1135 du Code civil, dont l'objectif serait de compléter le contenu du contrat en tenant compte de ce que les parties ont voulu, mais n'ont pas clairement exprimé⁴⁵⁶. Ce serait là le seul intérêt de l'article 1134, alinéa 3, qui n'aurait aucune véritable résonance morale, qui ne ferait que « recouvrir d'une sorte de 'couche' morale la seule qualification qui importe concrètement pour les parties, celle d' 'exécution' du contrat⁴⁵⁷. ». La bonne foi se situe alors dans la dépendance de la volonté des parties, elle en est le prolongement, et son but se résume à permettre l'exécution du contrat. Cette façon de penser évoque assez nettement les conceptions d'une partie de la doctrine du dix-neuvième et du début du vingtième siècle, dont l'attention se focalisait sur la nécessité du respect de la volonté des parties.

En sens inverse, certains auteurs tentent aujourd'hui de minimiser la portée du principe de force obligatoire : pourquoi constituerait-il le seul principe inébranlable consacré par les rédacteurs du Code civil⁴⁵⁸? Il a d'ailleurs été établi que les rédacteurs du Code civil n'avaient établi le principe de force obligatoire que dans le but de diriger la conduite

⁴⁵³ AYNES (L.), *op. cit.*, *supra* notre note n°40, p.19.

⁴⁵⁴ ANSELME-MARTIN (O.), « Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi », *Petites Affiches*, 22 janvier 1997, n°10, p22.

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ *Id.*, p.21.

⁴⁵⁷ *Id.*, p.22.

⁴⁵⁸ MAZEAUD (D.), *op. cit.*, p.631.

d'individus considérés comme intéressés et faibles⁴⁵⁹, et qu'ils n'avaient nullement consacré le principe de l'autonomie de la volonté, qui sous-tend une conception de la force obligatoire fondée sur la volonté des individus⁴⁶⁰. Au regard d'une perception actualisée du principe de force obligatoire du contrat, il serait dès lors tout à fait envisageable de concevoir le principe d'exécution de bonne foi comme un principe concurrent de celui de la force obligatoire⁴⁶¹, et non comme un simple prolongement à ce dernier.

A ce sujet encore, l'étude historique dévoile ses richesses. En effet, il est apparu assez nettement que la bonne foi constituait à Rome une notion d'importance première, et que la *fides*, à l'origine de la bonne foi, impliquait notamment le respect de la parole donnée. Dès lors, à l'origine, bonne foi et respect de la force obligatoire sont placés sur un même plan⁴⁶². En outre, le pouvoir du juge dans le cadre des actions de bonne foi n'était nullement limité par la nécessité de respecter la volonté des parties. Il disposait d'un réel pouvoir d'appréciation⁴⁶³. Par la suite, Domat a clairement établi l'importance première de la bonne foi, et lui a attribuée une portée supérieure à celle du principe de force obligatoire⁴⁶⁴. Pour les rédacteurs du Code civil, la bonne foi était une notion d'une importance capitale⁴⁶⁵. Au cours du dix-neuvième siècle, puis dans la première moitié du siècle suivant, la doctrine a entendu limiter la portée de l'exigence de bonne foi au nom du respect de la volonté des parties, et du principe de force obligatoire⁴⁶⁶. Certains auteurs de cette époque n'en ont fait qu'une simple règle d'interprétation de la volonté des parties⁴⁶⁷. D'ailleurs, il est frappant de remarquer que les auteurs qui affirment aujourd'hui la primauté du principe de la force obligatoire du contrat et cantonnent la bonne foi dans un rôle d'interprétation alimentent parfois leur argumentation de

⁴⁵⁹ Voir notamment ROUHETTE (G.), « Rapport français », in *Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises*, Paris : LGDJ, 1987, p.29.

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ JAMIN (C.), « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *supra* notre note n°292, p.57.

⁴⁶² Voir nos développements *supra*, p.22.

⁴⁶³ Voir nos développements *supra*, pp.26-27.

⁴⁶⁴ Voir nos développements *supra*, p.41.

⁴⁶⁵ Voir nos développements *supra*, pp.53-54.

⁴⁶⁶ Voir nos développements *supra*, pp.60-68.

⁴⁶⁷ *Ibid.*

nombreuses références aux juristes du dix-neuvième siècle⁴⁶⁸. Mais, il est apparu que cette conception ne s'inscrivait pas dans le fil de l'histoire, et que d'autres auteurs conféraient à la bonne foi une portée beaucoup plus dynamique. Ainsi, au cours de l'histoire, la bonne foi est apparue comme une notion de grande importance, à tel point qu'elle s'est souvent révélée d'une importance supérieure à celle du principe de force obligatoire. A tout le moins, il ne semble pas possible d'affirmer qu'il est de la nature de la bonne foi d'intervenir comme simple prolongement de la force obligatoire. Son importance paraît s'y opposer. Il paraît dès lors conforme à la nature fondamentale de la bonne foi de considérer qu'elle n'est pas dans la dépendance de la force obligatoire du contrat.

Mais, surtout, le constat de l'extériorité de son fondement au contrat permet d'aller en ce sens. Jusqu'au sein du contrat, la bonne foi répond à des impératifs extérieurs à la seule matière contractuelle. Dès lors, comment serait-il possible de la soumettre aux impératifs propres à la matière contractuelle, et notamment au respect de la force obligatoire du contrat ? En effet, comment faire dépendre ce principe extérieur à la matière purement contractuelle, et donc indépendant de son existence, de sa force obligatoire ? La bonne foi n'est pas spécifique aux contractants. Dès lors, le respect de la force obligatoire du contrat, qui s'impose aux seuls contractants, ne doit pas la limiter.

Il ne s'agit pas de considérer que le lien contractuel n'exerce aucune influence sur le jeu de la bonne foi. Bien que la bonne foi réponde fondamentalement à la même idée en présence et en l'absence de contrat, bien que les manifestations de la bonne foi soient très proches qu'un contrat ait été conclu ou non, le fait pour les parties d'être liées par un contrat produit nécessairement certaines conséquences, et les impératifs de sécurité ou de prévisibilité contractuelle ne doivent pas être négligés. Mais, la bonne foi est, et demeure une exigence de portée générale que le contrat ne saurait modifier ou limiter profondément.

Affirmer que la bonne foi n'est que le prolongement de la force obligatoire du contrat, qu'elle permet simplement d'exécuter complètement le contrat revient à méconnaître sa nature même. Il ne résulte pas des origines historiques de la bonne foi qu'elle soit dépendante de la force obligatoire du contrat. Surtout, la bonne foi ne se fonde pas dans le contrat, et en

⁴⁶⁸ ANSELME-MARTIN (O.), *op. cit.*, p.22.

tant que telle, n'est pas soumise aux exigences qui lui sont propres. Elle constitue une exigence de première importance qui dépasse le cadre du contrat.

C'est pourquoi, s'il faut bien admettre que la bonne foi n'est pas une obligation contractuelle, il ne paraît pas possible de la limiter à une conséquence de la force obligatoire du contrat. Ainsi, il ne paraît pas possible d'affirmer que « si le créancier se comporte d'une manière contraire à la bonne foi, il ne manque pas à proprement parler à une obligation née du contrat, il méconnaît la force obligatoire⁴⁶⁹ ». En effet, si ce raisonnement, en établissant une distinction à de nombreux égards pertinente entre force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, permet de refuser la qualification d'obligation contractuelle à la bonne foi, ce qui s'avère tout à fait justifié, il ne met pas en lumière l'indépendance entre la bonne foi et le contrat. Comment lier bonne foi et force obligatoire du contrat, comment faire de celle-là la conséquence de celle-ci, alors que la bonne foi se fonde en dehors du champ contractuel, et qu'elle n'est nullement dépendante du contrat ? En manquant à la bonne foi, le contractant ne manque pas à la force obligatoire du contrat, mais à une exigence extérieure au contrat.

Ainsi, la portée de l'exigence de bonne foi, son extériorité à la seule matière contractuelle amène à penser qu'elle peut tout à fait concurrencer le principe de force obligatoire du contrat. Il n'y a en effet aucune raison de limiter sa portée, en n'en faisant qu'un complément de la force obligatoire. La bonne foi n'est pas sous la dépendance du contrat conclu, elle répond à des considérations bien supérieures, est avant tout une exigence parallèle à la force obligatoire. Elle peut constituer un contrepoids à cette dernière, puisqu'elle ne lui est pas soumise. Il ne paraît donc guère opportun, à cet égard non plus, d'effectuer une distinction fondamentale entre la bonne foi exigée dès la formation du contrat, non soumise à l'exigence de respect de la force obligatoire, et la bonne foi exigée au cours de l'exécution du contrat. La bonne foi apparaît ainsi comme fondamentalement unitaire.

C'est donc parce que la bonne foi se fonde en dehors du contrat, qu'elle est indépendante du contrat conclu, qu'elle s'illustre dès la formation du contrat, alors qu'aucun lien contractuel n'unit les parties. C'est pour la même raison qu'elle ne peut être la source de l'enclenchement de la responsabilité contractuelle, et peut concurrencer le principe de force

⁴⁶⁹ ANCEL (P.), *op. cit.*, *supra* notre note n°38, p.796.

obligatoire du contrat. C'est encore pour cette raison qu'il pourrait être opportun de définir un principe général de bonne foi en droit des contrats.

§2. L'opportunité d'un principe général de bonne foi dans les contrats.

La bonne foi se fonde en dehors du contrat, qu'un contrat ait ou non été conclu. Dès lors, elle ne découle pas du contrat. Définir un principe général de bonne foi en droit des contrats ne permettrait-il pas d'exprimer ce fait qu'elle ne découle pas du contrat, mais qu'elle résulte d'un principe général, qui traduirait son exigence aussi bien en présence d'un contrat qu'en l'absence d'un tel lien ? A ce titre, il serait opportun de caractériser un tel principe général.

Mais, pourquoi recourir à un tel principe ? Est-ce nécessaire ?

La disposition de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil ne s'avère-t-elle pas suffisante ? Il semble que non. En effet, ce texte ne vise l'exigence de bonne foi que dans le cadre de l'exécution du contrat. Dès lors, il traduit mal l'indépendance de la bonne foi vis-à-vis du contrat, et ne retranscrit pas la généralité de son application. Il n'apparaît que comme la traduction, au stade de l'exécution du contrat, d'une exigence plus générale.

La bonne foi ne pourrait-elle pas alors trouver son fondement dans la norme générale de civilité que traduit l'article 1382 du Code civil, qui oblige celui par la faute duquel un dommage est arrivé à autrui à le réparer ? Cette dernière disposition véhicule en effet l'idée qu'il convient de ne pas causer de dommage à autrui, donc de prendre en compte ses intérêts. Il existe ainsi des similitudes entre les différentes manifestations de la bonne foi, qui implique de se soucier de l'autre, et la norme imposant d'avoir un comportement civil, et de ne pas causer préjudice à autrui. La prise en considération de l'autre est au point de rencontre de ces exigences. En outre, la jurisprudence fournit des illustrations du parallélisme entre bonne foi et norme de civilité traduite par l'article 1382. Par exemple, la rupture des pourparlers intervenant dans des conditions contraires à la bonne foi est sanctionnée par l'engagement de la responsabilité civile délictuelle de l'auteur de la rupture, sur le fondement de l'article 1382

du Code civil⁴⁷⁰. Dès lors, il pourrait être tentant d'affirmer que la bonne foi, fondée sur une exigence d'altruisme, trouve un fondement textuel général dans l'article 1382 du Code civil, qui traduit une exigence générale de civilité. Il a ainsi été proposé d'assimiler bonne foi et norme de civilité imposée par l'article 1382 du Code civil⁴⁷¹.

Cette norme, définie au fondement de la bonne foi, traduirait le fait que la bonne foi ne découle pas du contrat, mais s'imposerait en vertu d'un principe supérieur, général, indépendant de l'existence d'un contrat, et selon lequel il ne faut pas nuire à autrui. En effet, la disposition de l'article 1382 est la consécration d'un devoir de morale civile qui s'impose à tout un chacun en société, qui n'est donc nullement spécifique aux contractants. Dès lors, elle traduirait la nécessité de respecter la bonne foi, sans mettre en relation le fondement de son exigence avec le contrat.

Pourtant, les manifestations de la bonne foi ne se fondent pas totalement dans la norme générale de civilité traduite par l'article 1382. S'il est effectivement possible d'établir un parallèle, les implications de la bonne foi, au nom de l'altruisme, sont plus larges. En effet, l'altruisme impose également d'accomplir des actes positifs envers l'autre, alors que la norme traduite par l'article 1382 n'est que l'expression de l'exigence de ne pas causer de tort à autrui. Ainsi, l'idée d'altruisme englobe notamment celle de collaboration, que la norme que l'article 1382 sous-entend ne permet pas d'exprimer. D'ailleurs, de façon significative, M.Stoffel-Munck, qui a exprimé l'assimilation entre bonne foi et norme de civilité traduite par l'article 1382, avait exclu du champ de sa recherche tous les agissements positifs imposés aux parties, tels que l'exigence de collaboration⁴⁷².

Dès lors, si les réalités englobées par la norme de civilité exprimée à l'article 1382 du Code civil recourent partiellement celles que recouvre la bonne foi, cette dernière, telle qu'inspirée par l'idée d'altruisme, est plus large, et la norme générale de civilité ne paraît pas adaptée à son expression de façon globale.

⁴⁷⁰ Voir par exemple : Cass. Com., 20 mars 1972, *précité*, *supra* notre note n°353 ; CA PARIS, 10 mars 2000, *précité*, *supra* notre note n°354.

⁴⁷¹ STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, *supra* notre note n°17, p.122 : « La bonne foi du contractant se fonde, pensons-nous avoir montré, dans la norme de civilité que vient faire respecter l'article 1382 du Code civil .».

⁴⁷² STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, *supra* notre note n°17, p.83.

Ainsi, ni l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, ni la norme générale de civilité traduite par l'article 1382 du Code civil n'expriment parfaitement le fondement de l'ensemble des manifestations de la bonne foi, en marquant qu'elle ne découle pas du contrat.

C'est pour cela qu'il peut paraître opportun de recourir à un principe général de bonne foi en droit des contrats pour exprimer l'idée que la bonne foi, dans toutes ses manifestations, ne découle pas du contrat, mais qu'elle doit jouer en vertu d'une exigence supérieure, qui ne la fait pas dépendre du contrat.

Pourtant, n'est-il pas envisageable de se contenter, pour exprimer le fondement de l'exigence de bonne foi, de la combinaison des différents textes imposant cette exigence ? Il ne serait pas nécessaire d'avoir recours à la définition d'un principe général. Selon un auteur belge, « L'on peut en effet s'interroger sur l'intérêt qu'offrirait pareil principe général. Les textes légaux sont là en matière contractuelle. Quant à la bonne foi extra-contractuelle, n'est-elle pas appelée en droit privé, à se confondre avec la notion d'abus de droit en laquelle on reconnaît un principe général du droit ou encore avec les règles de la responsabilité aquilienne que consacrent bien évidemment les articles 1382 et suivants du Code civil, de telle sorte que l'on voit mal la place qui demeurerait encore au principe général du droit en question ⁴⁷³? ». Il n'est pas possible de réfuter en soi cette opinion. En effet, il existe bien des normes, textuelles ou non, qui puissent constituer le support du jeu de la bonne foi. Toutefois, ces normes sont diverses, et, en tant que telles, elles ne révèlent guère l'unité fondamentale de la bonne foi autour de l'idée d'altruisme. La prise en considération de l'unité fondamentale de la bonne foi autour d'une même idée conduit à ne pas se contenter d'une multiplicité de normes.

La définition d'un principe général permettrait, au contraire, de traduire le fait que les manifestations de la bonne foi relèvent fondamentalement d'une même idée. En effet, de façon générale, en droit, « Le principe rapproche quelques règles pour en dégager l'idée commune et pour en tirer des nouvelles déductions ⁴⁷⁴ ». Dés lors, il serait bien opportun de définir un principe général de bonne foi.

⁴⁷³ PERILLEUX (J.), « Rapport belge », *in op.cit., supra* notre note n°1, p.249.

⁴⁷⁴ AL-SANHOURY (AA.), *op. cit., supra* notre note n°37, p.145.

Ce dernier serait une norme de droit positif directement opérationnelle, indépendamment de sa consécration par telle ou telle disposition légale⁴⁷⁵.

Par sa généralité, il exprimerait le fait que la bonne foi n'est pas dépendante du contrat : elle doit s'imposer en vertu d'un principe général, qui transcende la distinction entre formation et exécution du contrat.

Pourtant, une partie importante de la doctrine est hostile à l'adoption du terme de principe à l'égard de la bonne foi. Ainsi, un auteur a pu affirmer : « il n'y a pas de principe général de la bonne foi. Il y a des correctifs spéciaux apportés dans certains cas au fonctionnement des règles juridiques pour désarmer leur rigueur, quand une raison quelconque les font paraître excessives⁴⁷⁶ ». La bonne foi ne serait qu'une notion floue renvoyant à un jugement de valeur du juge⁴⁷⁷, qu'un standard juridique⁴⁷⁸, ou qu'une notion-cadre⁴⁷⁹. Finalement, la bonne foi serait une notion caractérisée par sa grande flexibilité, par sa grande souplesse. Elle renverrait nécessairement au pouvoir d'appréciation du juge, qui devrait déterminer, au fil des espèces, la solution à apporter au litige par référence à cette notion floue, dont il pourrait lui-même déterminer le contenu. Mais, elle ne pourrait être caractérisée sous forme de principe général. En effet, il « est impossible de confondre le principe et le standard⁴⁸⁰ ». Il ne serait pas possible d'établir un principe, car la bonne foi renverrait systématiquement à l'appréciation du juge, qui trancherait au gré des espèces, sans qu'une idée directrice autre que celle fixée antérieurement par d'autres magistrats puisse le guider. L'irréremédiable dispersion des manifestations de la bonne foi interdirait qu'un principe général soit reconnu.

⁴⁷⁵ Voir en ce sens ROMAIN (JF.), *op. cit.*, p.831.

⁴⁷⁶ VOUIN (R.), *op. cit.*, p.456.

⁴⁷⁷ FORTIER (V.), *op. cit.*, *supra* notre note n°35, p.762.

⁴⁷⁸ AL-SANHOURY (AA.), *op. cit.*, pp.145-146, qui définit le standard comme une mesure moyenne de comportement social renvoyant à l'intuition et à l'expérience.

⁴⁷⁹ CORNU (G.), *op. cit.*, *supra* notre note n°37, n°69 à 71, qui définit la notion-cadre comme une notion vague renvoyant à l'appréciation du juge.

⁴⁸⁰ MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, Thèse Paris II, préface SOURIOUX (J-L), Paris : éditions Panthéon-Assas, LGDJ diffuseur, 1999, p.62.

Ne faut-il pas s'alarmer d'une telle approche de la bonne foi ? Comment est-il possible de s'en contenter? Le renvoi à l'appréciation du juge ne présente-t'il pas le risque de nuire à la sécurité juridique et à la prévisibilité des solutions ? Dès lors, ne faut-il pas rejeter cette approche ?

En réalité, elle ne doit pas inquiéter : elle aurait l'avantage d'exprimer le fait que la bonne foi permet l'individualisation des solutions. En outre, la bonne foi ne serait pas nécessairement le vecteur d'un renvoi à l'arbitraire total du juge. Tout d'abord, elle posséderait une véritable valeur directive, en faisant naître une image qui a un retentissement de conscience chez le juge, qui « parle à la conscience du juge⁴⁸¹ ». De plus, il semble qu'au delà « de la diversité des cas d'espèces, il est possible de découvrir les lignes directrices qui, sous-tendant l'application jurisprudentielle du concept de bonne foi, permettent d'élaborer une définition⁴⁸² ». Il existerait donc une certaine cohérence dans les manifestations de la bonne foi, mais cette cohérence résulterait de l'utilisation jurisprudentielle de la notion. C'est le juge qui déterminerait la cohérence de la notion en fonction des utilisations qu'il en fait. Dès lors, il ne serait pas alarmant de cantonner la bonne foi dans un rôle de standard, de notion-cadre, et de lui refuser la dénomination de principe. Ce n'est donc pas en ce qu'elle semble écarter toute considération pour la sécurité juridique et de la prévisibilité des solutions qu'il faut rejeter cette approche.

S'il ne paraît pas justifié de l'approuver, c'est en ce qu'elle ne paraît pas tenir compte du fait que, fondamentalement, la bonne foi répond toujours à une même idée d'altruisme. En effet, si les manifestations de la bonne foi sont extrêmement variées, si la bonne foi apparaît sensiblement comme vecteur de flexibilité, elle répond toujours à une même idée d'altruisme. Il existe ainsi bien une idée directrice à l'origine des manifestations de la bonne foi, et l'argument contraire à l'admission d'un principe général, fondé sur l'irréremédiable dispersion des manifestations de la notion, n'est donc guère recevable.

Rien ne semble alors s'opposer à la définition d'un principe de bonne foi. En effet, le fondement de la bonne foi dans la seule idée d'altruisme, la mise en valeur d'une idée directrice, autorise l'énoncé d'un tel principe englobant toutes les manifestations de la bonne

⁴⁸¹ *Id.*, n°70.

⁴⁸² FORTIER (V.), *op. cit.*, p.766.

foi en une formule, marquant ainsi leur unité et leur cohérence fondamentales. Ce principe doit être défini comme un principe général, exprimant l'exigence de bonne foi qu'un contrat ait ou non été conclu, et témoignant ainsi du fait qu'elle ne découle pas du contrat.

Mais, la définition d'un principe de bonne foi ne signifie t'elle pas que tout pouvoir d'appréciation du juge doit être nié ? En effet, puisque la bonne foi ne serait pas qu'un standard, qu'une notion floue, le juge serait tenu d'appliquer le principe dans un certain sens, lui faisant produire les effets impliqués par l'idée d'altruisme, sans faire preuve d'esprit d'initiative au gré des espèces.

Pourtant, ce renvoi à l'appréciation du juge semble intrinsèquement caractériser la bonne foi : ainsi, à Rome, elle était l'instrument au service d'une plus grande liberté d'appréciation du juge, qui pouvait dans le cadre des actions de bonne foi s'affranchir du respect des formes⁴⁸³. Dès lors, il ne serait pas conforme à la nature de la bonne foi de prétendre qu'elle ne renvoie pas à l'appréciation du juge.

En réalité, la reconnaissance d'un principe général ne paraît pas incompatible avec le renvoi au pouvoir d'appréciation du juge. En effet, l'existence d'un principe général de bonne foi qui serait invocable en tant que tel devant le juge, ne permet pas pour autant une solution du litige par simple application de la notion. Le juge devra s'adapter au cas d'espèce, et faire preuve d'un certain esprit créateur. Mais, la cohérence des manifestations de la notion ne résultera pas de son utilisation jurisprudentielle⁴⁸⁴. C'est en fonction de l'idée fondamentale d'altruisme, dont il est déterminé que la bonne foi est intrinsèquement dépendante, que le juge devra déterminer le sens des solutions apportées sur le fondement de la bonne foi. C'est bien l'idée d'altruisme qu'il doit chercher à exprimer par le biais de l'exigence de bonne foi. Cela ne signifie pas pour autant qu'il ne devra pas faire preuve d'initiative. L'existence d'un principe de bonne foi, englobant en une formule l'ensemble des manifestations de la bonne foi, permettrait alors de révéler la cohérence fondamentale des manifestations de la bonne foi, tout en laissant au juge une nécessaire marge de manœuvre.

Il est donc possible d'affirmer l'existence d'un principe général de bonne foi en droit des contrats, sans qu'il soit possible de refuser cette qualification au nom d'une irrémédiable

⁴⁸³ Voir nos développements sur la question, *supra*, pp.26-27.

⁴⁸⁴ Cf. FORTIER (V.), *op. cit.*, p.766.

dispersion de la notion dans ses applications, et sans que cela jure avec la nature de l'exigence de bonne foi, qui doit laisser au juge une marge d'appréciation.

D'ailleurs, la qualification de la bonne foi en principe est adoptée par une grande partie de la doctrine belge, qui considère que la même norme est appliquée de façon très générale, et qu'il n'est pas utile de lui attribuer deux fondements différents⁴⁸⁵. Elle trouve également de forts échos en France : « Aujourd'hui, la doctrine française tend à admettre, par induction, un véritable *principe général de bonne foi*, qui ne vaut plus seulement lors de l'exécution du contrat, mais commence à produire son effet dès la période des pourparlers, c'est à dire avant toute conclusion. Quant à la jurisprudence, elle consacre nettement cette opinion en se référant parfois ouvertement à un 'principe de bonne foi'⁴⁸⁶. ». Le terme de « principe » est en effet largement utilisé par les auteurs. Gorphe avait ainsi intitulé sa thèse « Le principe de la bonne foi⁴⁸⁷ ». De façon très significative, il avait entendu démontrer que la bonne foi est fondamentalement unitaire. L'emploi du terme de principe n'est pas anodin à cet égard, puisque c'est l'unité fondamentale de la bonne foi qui permet la caractérisation d'un principe. Pour M.Ghestin, il faut également considérer que la bonne foi est un principe : « La bonne foi est une notion juridique en tant que principe général du droit⁴⁸⁸ ». Il en va de même pour MM. Malaurie et Aynés, qui évoquent la bonne foi comme « un principe en expansion⁴⁸⁹ ». Il semble donc tout à fait envisageable de définir un principe général de bonne foi.

Mais, surtout, au-delà de cette approbation doctrinale, cette qualification paraît opportune. En effet, elle permet d'exprimer le fait que la bonne foi ne découle pas du contrat. Elle est un principe général, qui traduit la même exigence sans que la prise en compte de l'existence d'un contrat entre en jeu. L'opportunité du principe général de bonne foi réside dans ce qu'il exprime cette indépendance au regard du contrat.

⁴⁸⁵ Voir notamment PHILIPPE (D.), « Rapport belge », *in op. cit., supra* notre note n°1, p.72 ; ROMAIN (JF), *op. cit.*, p.964.

⁴⁸⁶ JOURDAIN (P.), « Rapport français », *in op. cit., supra* notre note n°1, p.122.

⁴⁸⁷ GORPHE (F.), *op. cit., supra* notre note n°83.

⁴⁸⁸ GHESTIN (J.), *op. cit., supra* notre note n°21, p.237.

⁴⁸⁹ MALAURIE (P.), AYNES (L.), *op. cit., supra* notre note n°39, p.358.

Ainsi, cette dernière caractérise la bonne foi. Cette notion se fonde en effet en dehors du contrat, quel que soit la phase contractuelle concernée, puisqu'elle n'est en rien spécifique aux contractants. A ce titre, elle ne peut pas constituer, au cours de l'exécution du contrat, une obligation contractuelle, sanctionnée par la responsabilité contractuelle, et dépendante du respect de la force obligatoire du contrat. Elle ne peut donc à ces différents égards se différencier de la bonne foi exigée au cours de la formation du contrat, et apparaît alors comme fondamentalement unitaire. C'est tout l'intérêt de la définition d'un principe général de bonne foi de faire ressortir cette unité fondamentale de la bonne foi, en exprimant son exigence, indépendamment de la prise en compte de l'existence d'un contrat, dans une norme unique et générale. L'article 1134, alinéa 3 n'est alors que la traduction de cette dernière au stade de l'exécution du contrat.

Finalement, la recherche des fondements de la bonne foi en droit français des contrats a tenu toutes ses promesses. Ainsi, en tentant de déterminer ce sur quoi reposait la bonne foi, il s'est agi de se pencher sur un aspect peu exploré de la notion, afin de déterminer s'il convenait de se résoudre au constat, largement admis, de son absence d'unité. Dans cette optique, il nous a d'abord paru nécessaire de remonter à ses sources les plus lointaines dans le temps, de retracer son cheminement historique. Cette démarche a présenté l'intérêt de révéler ce à quoi correspondait intrinsèquement la bonne foi, ce qui la constitue fondamentalement. Riches des apports de cette étude, guidés par ses enseignements, il nous a alors été possible de remettre en cause l'affirmation de l'absence d'unité de la bonne foi, à deux égards. D'une part, il est apparu que la notion répond toujours fondamentalement à une seule et même idée d'altruisme, et qu'elle n'est pas seulement définie au gré des espèces par le juge, marquée par une irrémédiable dispersion. D'autre part, il est apparu que la bonne foi se fonde toujours hors du contrat, quelle que soit la phase contractuelle concernée. Répondant à des impératifs extérieurs au seul champ des relations entre contractants, elle n'est, jusqu'au cœur du contrat, pas susceptible d'être décrite comme une simple obligation contractuelle, sanctionnée par la responsabilité contractuelle, dépendante du respect de la force obligatoire du contrat. Hors contrat ou dans le contrat, elle n'est pas sous l'emprise de ce dernier, ce qui révèle qu'on ne saurait la différencier selon la phase du contrat concernée. La bonne foi est un principe général du droit des contrats. Elle est fondamentalement unitaire. Elle ressort ainsi valorisée d'une étude aux aspects théoriques.

Mais, au-delà, en étudiant les fondements de la bonne foi, nous avons délibérément entendu nous inscrire dans une certaine démarche. En effet, *« avec les principes généraux du droit, la tentation est grande de prêcher avant que de comprendre et de traiter en hérétique celui qui voudrait un mot d'explication. Il en va de la bonne foi comme de cette envahissante dignité humaine qui est devenue le nouveau fusil d'assaut de la censure. Face à ces splendides formules que sont la bonne foi, la dignité humaine, le droit naturel et quelques autres, nous devons nous méfier et tenter de comprendre⁴⁹⁰ »*. Face au développement assez remarquable de la bonne foi au cours des dernières décennies, face aux controverses qu'elle est susceptible d'animer, nous avons ainsi jugé prudent et utile de tenter de rechercher ce à

⁴⁹⁰ BAUD (JP.), *op. cit.*, *supra* notre note n°56, p.13.

quoi elle correspondait fondamentalement. Comprendre la bonne foi, c'est ce à quoi nous espérons avoir, un peu, contribué.