

Approfondissements thématiques

Le contractant, personne de bonne foi ?

Daniel Mainguy

Professeur à l'Université de Montpellier (UMR CNRS 5815
« Dynamique du droit »)

Le sujet qu'il m'est demandé de traiter, le « contractant, personne de bonne foi », où j'ajoute un point d'interrogation, est un sujet qui, pour rebattu voire dépassé qu'il pourrait paraître, est d'une actualité chronique, tout en demeurant très difficile et ce pour plusieurs raisons.

La première tient au fait que ce sujet s'inscrit dans la perspective d'une réforme à faire⁹², dont nous disposons d'une version, amendable, et dont nous connaissons la teneur le jour de la publication de l'ordonnance, début 2016, même si on peut penser que les grandes lignes sont dans le projet publié, avec quelques modifications de détail ou d'importance à venir, de sorte que le texte sur lequel nous travaillons reste une proposition, une opinion. Nous verrons que la question du comportement du contractant, dans le projet de réforme, est abordé à de multiples reprises, de manière directe ou indirecte, sans que nul de puisse prédire ce que sera l'accueil jurisprudentiel fait à des textes aujourd'hui inconnus.

La deuxième difficulté tient au fait que ce sujet est un thème bien connu des spécialistes de droit des contrats au sens du code civil existant, c'est-à-dire, d'un point de vue textuel, pas grand-chose, sinon beaucoup de décisions de jurisprudence disparates et de nombreuses controverses, ce qui en fait un thème typique de la difficulté à aborder le droit français. Celui-ci, pour résumer, se présente comme fondé sur la loi, ou mieux, un Code,

⁹² Cf. N. Dissaux et C. Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2015. On y trouvera, notamment, la plupart des références aux commentaires publiés sur le projet de réforme.

supposé accessible et intelligible (voire immédiatement applicable) alors même que des pans entiers du droit français, dont le droit des contrats, sont en réalité à trouver dans la jurisprudence de la Cour de cassation, laquelle est, pour mille raisons, moins accessible et encore moins intelligible pour le néophyte, et en outre se présente souvent *avec un commentaire doctrinal* dans lequel sont mélangés des considérations visant à présenter la norme jurisprudentielle et des propositions de norme future, sous forme de critique ou d'aménagements, voire d'encouragements à mieux faire. En somme, donc, et la proposition d'un nouveau Code civil n'y changera pas grand-chose, à terme, le droit français (des contrats par exemple) est un droit jurisprudentiel, dont la teneur est souvent présentée et/ou critiquée par la doctrine.

L'un des champions de la question étant chargé du rapport de synthèse, c'est évidemment sous son contrôle que ces points seront abordés, alors que nul n'est en mesure de considérer que la notion *d'exécution de bonne foi* d'un contrat est une notion claire et parfaitement bordée, bien au contraire.

La troisième tient au fait qu'il n'est pas question ici de proposer une énième proposition d'interprétation des textes, faits ou à faire, en la matière ou quelque aventure doctrinale que ce soit, ni de nous livrer à une exégèse d'un Projet, de toute manière appelé à être modifié, parfois en profondeur : il se murmure par exemple que le traitement du déséquilibre significatif serait limité aux contrats non négociés et que celui de l'imprévision serait renforcé, ce qui ne vaut que comme rumeur.

C'est donc davantage en termes de méthodes que je me propose d'aborder ce thème, essentiellement pour observer la notion, de « bonne foi » au regard des dernières conceptions qui se sont cristallisées autour de conceptions avancées, opposant les *solidaristes* et les *antisolidaristes*, c'est-à-dire les tenants d'une interprétation large de l'article 1134, 3 du Code civil (demain art. 1103) et les tenants, à l'inverse, d'une conception stricte. Je ne m'aventurerai pas sur des thèmes incertains, mais j'observerai, avec un brin de malice, qu'à l'heure où le respect

de l'égalité entre les femmes et les hommes règne, y compris en droit des contrats, pour pourchasser des formules aussi terrifiantes que la notion de « bon père de famille », le respect sourcilieux d'un principe de laïcité, à supposer qu'il soit connaissable, a laissé se propager la notion de « bonne foi », le terme étant supposé donc compatible avec un principe de laïcité républicaine.

C'est que, en effet, celle notion de bonne foi est totalement fuyante. Denis Mazeaud lui-même n'hésitait pas, il y a bientôt dix ans, à braver cette incertitude en considérant que la devise « loyauté, solidarité, fraternité » pouvait décrire l'univers contractuel, ce qui n'était rien d'autre, écrivait-il, qu'une « *formulation un rien pompeuse de l'idée battue et rebattue de bonne foi* », laquelle, ajoutait-il « *n'est pas exempte de vices et d'ambiguïté* »⁹³. Je cite Denis Mazeaud qui figure la destinée d'un mouvement doctrinal, « l'école du solidarisme contractuel »⁹⁴, auquel il faut évidemment associer Christophe Jamin, qui a posé ses jalons théoriques dans les *Mélanges J. Ghestin*⁹⁵, mais aussi Catherine Thibierge⁹⁶, Thierry Revet⁹⁷ ou

⁹³ D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité », la nouvelle devise contractuelle, *Mélanges F. Terré*, 1999, p. 603. V. aussi D. Mazeaud, « La nouvelle devise contractuelle : loyauté, solidarité, fraternité », *Mélanges F. Terré, Dalloz*, 1999, p. 603, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », *Mélanges J. Hauser, LexisNexis-Dalloz*, 2012, p. 905 mais encore « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in L. Grynbaum et M. Nicot (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, coll. « Études juridiques », 2004, p. 57 ; « Le juge et le contrat, variations optimistes sur un couple illégitime », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 235, « La politique contractuelle de la cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 371.

⁹⁴ Comp. D. Mazeaud, note sous Cass. com. 15 janv. 2002, D. 2002, p. 2841 : « le solidarisme contractuel consiste en une exigence de civisme, qui se traduit, pour chaque contractant, par la prise en considération des intérêts légitimes de son cocontractant et qui repose sur les idées d'altruisme, de décence, de cohérence et de coopération. Ce devoir imposé aux contractants d'exercer les droits et les pouvoirs que leur confèrent la loi ou le contrat dans le respect de l'intérêt légitime d'autrui a, essentiellement, vocation à se déployer dans les relations contractuelles de dépendance, qui sont marquées par une inégalité des parties lors de leur formation et de leur exécution, ainsi que le révèle le pouvoir accordé au contractant dominant de fixer unilatéralement le contenu du contrat, qui s'inscrivent dans la durée, qui se caractérisent souvent par une communauté de clientèle et qui se cristallisent dans une clause d'exclusivité. Même si le bras armé du solidarisme contractuel est le juge, il n'en résulte pas inéluctablement une instabilité contractuelle fatale ; simplement, se dessine un droit plus flexible, moins désincarné, un droit social des contrats dans lequel les profits de l'un ne doivent pas s'accumuler au mépris de la survie économique de l'autre ».

⁹⁵ Not. « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Mélanges J. Ghestin, LGDJ*, 2002, p. 441. V. aussi « Révision et intangibilité, ou la double philosophie de l'art. 1134 C. civ. », in « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », *Dr. et patr.*, mars 1998, p. 46 ; « Henri Capitant et René

Jacques Mestre⁹⁸, pour aborder un mouvement qui s'est concentré essentiellement à compter du début des années 1990. J'ai le souvenir de cours de droit des contrats, avant cette date, où était superbement ignorée la question de la bonne foi dans les contrats, sinon à l'occasion de la négociation desdits contrats.

Or, cette évolution et ce riche travail doctrinal ont suscité des oppositions farouches sous la plume notamment de Yves Lequette⁹⁹, Laurent Aynès ou de Philippe Stoffel-Munck¹⁰⁰. Ce dernier avait d'ailleurs tenté brillamment de poser un coin dans la doctrine solidariste en opposant les tenants d'un solidarisme social, dont Christophe Jamin aurait été la figure, et d'un solidarisme moral, dont Denis Mazeaud aurait été le héraut¹⁰¹.

Ce serait savant et exact si ce n'était conférer une puissance scholastique aux chefs de ces écoles qu'ils n'ont jamais figuré ni même entamée, fiers qu'ils étaient et qu'ils sont toujours je pense, de leur démarche individuelle, faite du renfort imprromptu d'une partie de la doctrine, attirés par ce discours¹⁰².

Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in Mélanges F. Terré, op. cit., 1999, p. 125, « Une brève histoire politique des interprétations de l'art. 1134 C. civ. », D. 2002. Chron. 901 ; « Quelle nouvelle crise du contrat », in La nouvelle crise du contrat, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2003, p. 7 ; « Le procès du solidarisme contractuel, brève réplique », in L. Grynbaum et M. Nicot (dir.), Le solidarisme contractuel, op. cit., p. 160.

⁹⁶ Not. « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTDciv. 1997, p. 357.

⁹⁷ T. Revet, « la détermination du prix : les apports au droit de la dépendance », RTDcom., 1997, p. 37, « L'éthique des contrats en droit interne », in J.-Y. Naudet, (dir.), Ethique des affaires : de l'éthique des entrepreneurs au droit des affaires, PUAM, 1997, p. 207. Adde « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », D. 2015, p. 1217.

⁹⁸ V. Not. Les observations rédigées à la Revue trimestrielle de droit civil, depuis 1988, sous sa seule signature ou avec celle de Bertrand Fages.

⁹⁹ Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », Mélanges P. Didier, 2008, p. 247.

¹⁰⁰ V. Not. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, Defrénois, n°751. V. aussi L. Leveneur, (L. Leveneur, « Le solidarisme contractuel : un mythe ? », in L. Grynbaum et M. Nicot (dir.), Le solidarisme contractuel, op. cit.

¹⁰¹ Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. com. 15 janv. 2002, D. 2009, p. 1979.

¹⁰² Pour être très clair, et ne plus y revenir, nous nous situons du côté de ceux qui observent, en premier, le mouvement jurisprudentiel, en tant que celui-ci est productif des normes réelles (disons, là encore du point de la description proposée par théorie réaliste de l'interprétation) et, en second sur le fond, plutôt favorable à la thèse solidariste, mais avec un certain nombre de réserves (Comp. « La liberté de l'entreprise face à ses partenaires », in Liberté et entreprises, Ass. Henri Capitant, 2007, p. 27, « Défense, critiques et illustration du projet de réforme de droit des contrats », D. 2009, Chr., p. 308, « Pour une analyse objective et utilitariste des clauses limitatives et des clauses abusives dans les contrats », RDC, 2008, p. 1030, Droit des obligations, Ellipses, 2009, n°62 ; « La loyauté en droit des contrats », in F. Petit (dir.) La loyauté, Dalloz, 2015, p. 1), tenant au fait qu'on ne sait guère si, et lesquels, les juges sont, ou non, réceptifs à cette thèse, et à celui que bien des solutions jurisprudentielles peuvent sans doute s'expliquer par

Ce discours se présente comme une ensemble structuré de *prescriptions* c'est-à-dire de conseils sur un droit à réaliser, et parfois de *descriptions* à propos de décisions de justice qui se présentent comme conformes à la thèse défendue. Ce discours, parce qu'il se présente alors comme un discours prescriptif (disons de droit naturel au sens large, sans les fondements de ce droit naturel soient systématiquement proposés), est souvent critiqué voire caricaturé comme un discours *sentimentaliste*, *iréniste* voire *compassionnel*, en ce sens qu'il aurait pour objet de proposer une lecture aimable, voire puérile des droits et obligations des parties à un contrat, spécialement dans les contrats d'affaires, un monde, c'est bien connu, où, pour plagier Clémenceau, la morale des affaires est la morale ce que la musique militaire est à la musique.

La critique s'arrête souvent sur un certain nombre de propos isolés où, effectivement, le fondement social, ou moral, est puissant¹⁰³. C'est que, dans ce domaine, la question de la « morale contractuelle » ou de la « bonne foi dans l'exécution des contrats », de « l'éthique contractuelle »¹⁰⁴ voire du « *solidarisme contractuel* » emprunte des formules, « morale », « bonne foi », « légitime » ou « solidarisme » qui sont, en général, étrangers (ou considérés comme tels) au vocabulaire technique du droit des contrats, sinon dans les articles 1134 et 1135, futur article 1194 et 1195 du Code civil. En effet, ces

une foule d'autres explications, dont les analyses économiques substantielles (indépendamment donc de l'analyse économique du droit prise comme substitut à la « méthode traditionnelle », ou « méthode juridique », selon le mot de certains de leurs zéloteurs, cf. par ex. B. Deffains et E. Langlais, *Analyse économique du droit*, De Boeck, 2009, sp. p.24 s., et selon laquelle les normes juridiques seraient valides, là encore pour employer un terme propre à la théorie du droit, si elles sont efficaces, cette efficacité étant jugée à l'aune des lois du marché), ou encore des considérations morales, politiques, philosophiques qui sont insusceptibles d'être connues car informulées par les juges.

¹⁰³ Cf. par exemple : P. le Tourneau, « La bonne foi », *Rep. civ.* Dalloz, 1995, n° 44 : « obligation de se soucier de la situation de l'autre partie », adde C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997. 357 ; A. Sériaux *Droit des obligations*, PUF, coll. « Droit fondamental », n° 55 « [le contrat est un] haut lieu de sociabilité et d'amitié où chacune des parties tâche de rendre justice à l'autre », [...] « la bonne foi de l'article 1134 c'est 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 frère » ; D. Mazeaud, « Rapport de synthèse au 94^e congrès des notaires », in *Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique*, Defrénois 1998, art. 36874 : « Aidez-vous les uns les autres ».

¹⁰⁴ T. Revet, « L'éthique des contrats en droit interne », in J.-Y. Naudet, (dir.), *Éthique des affaires : de l'éthique des entrepreneurs au droit des affaires*, PUAM, 1997, p. 207.

questions relèvent d'un autre ordre que l'ordre technique du droit des contrats pour relever de la philosophie politique du droit des contrats : « *Dis-moi comment tu contractes et je te dirais qui tu es* ».

La querelle, majeure, autour des succès ou des insuccès du solidarisme contractuel, n'est pas limitée au débat autour de la compréhension de la notion de bonne foi, n'est pas nouvelle, et n'est certainement pas close dans la mesure où elle correspond à une dispute fondamentale sur la place du juge, sur la *politique* du droit des contrats. Pour formuler une origine lointaine, on pourrait considérer qu'elle ressemble, ou à tout le moins présente un certain nombre de traits communs, toutes choses égales par ailleurs, avec la fameuse querelle des universaux au XIII^{ème} siècle, qui reprenait, christianisée, celle opposant Aristote et Platon, le réalisme et l'idéalisme en philosophie. Sans prétendre à ce statut, la « bonne foi » pourrait être comparée à l'un des universaux, le Juste, le Bon, le Vrai, où les canonistes s'opposaient sur une question essentielle, celle de savoir si les idées sont, avec Platon, des entités réelles ou, avec Aristote, de simples attributs de l'être. Si le Juste, par exemple est une entité réelle, alors elle est connaissable et il suffit de la décrire pour que les comportements tendent à y ressembler et pour que des règles, claires, s'établissent, formant la barrière entre le Juste et l'Injuste, objectivement dessinés. Si au contraire le Juste n'est pas une entité réelle, un simple comportement ressenti, une émotion, irrationnelle, il convient alors de considérer qu'elle n'est pas connaissable mais relève du jugement des hommes. On trouve là encore une préfiguration d'une autre querelle celle des cognivistes (ou formalistes) et des septiques (ou empiristes). Dans la querelle des Universaux, le débat s'articulait par exemple autour de la question du moment : faut-il brûler les hérétiques après qu'une hérésie a été identifiée comme telle ou uniquement après cette date ? C'était une question qui serait aujourd'hui comme un problème banal de rétroactivité de la loi pénale dans le temps. Elle supposait cependant que l'on puisse identifier le *mal en soi* (être hérétique) et donc admettre que les idées, l'hérésie ou l'orthodoxie, sont transcendantes, d'essence divine. Dieu a pu

créer tout à la fois le Bon, et le Mal, et il serait humainement possible de les distinguer et donc que le *Mal*, l'idée de mal, sont réels (il faut donc condamner les hérétiques même pour des hérésies passées et alors même qu'ils auraient abjurés). C'est la position dite réaliste de Saint-Thomas d'Aquin, tandis que Duns Scott considèrerait au contraire que le *Mal*, comme toutes les idées, n'est qu'un nom qui n'a pas de signification en soi mais simplement celle que tel (et notamment tel interprète « autorisé ») voudra bien lui donner, rejoint par Guillaume d'Ockham, d'où le nominalisme d'Ockham, et que Dieu, être absolument parfait, n'a évidemment pas pu créer le mal qui n'est qu'une considération humaine : seules les choses existent, point les concepts, les universaux, qui relèvent des idées. Or ces deux oppositions, mal et trop rapidement présentées ici, pour les besoins de cette introduction, que l'on retrouve à divers degrés tout au long de la pensée juridique et philosophique, figent une conception *optimiste*, laquelle repose sur une considération cognitiviste, ou *pessimiste*, qui émerge d'une vision septique, du monde, du cosmos, et donc du droit. Or, paradoxalement, les nominalistes (qui sont des idéalistes) révèlent une conception *pessimiste* du monde en ce sens qu'ils ne croient pas que les universaux, les idées, existent réellement en soi (et donc au XIII^{ème} siècle que les hommes soient capables de comprendre connaître et atteindre les universaux qui sont, par nature inconnaissables), et les réalistes, qui considèrent que les choses existent en soi, qui sont donc des *optimistes*. Rapporté à la bonne foi, le débat pourrait se concentrer autour de la question de savoir si la bonne foi est une entité réelle, mesurable, susceptible d'être décrite *in abstracto*, ou au contraire si c'est une notion contingente, dépendant des acteurs, de bonne ou de mauvaise foi. Le débat dérive alors autour du rôle de l'interprète de la norme qui impose, dans un texte, une exigence de bonne foi, et du contenu de cette interprétation : sera-t-elle favorable à une conception optimiste ou pessimiste du monde des contrats, et dans quelle mesure ?

De plus, le thème *a priori* neutre, « Le contractant, personne de bonne foi », signifie-t-il que le contractant, en tant que personne, est de bonne foi ou qu'il *doit être* de bonne foi ?

Si l'on considère la formule de l'article 1134, al. 3 du Code civil, « *les conventions s'exécution de bonne foi* » ou celle à venir selon laquelle « *les contrats doivent se former et s'exécuter de bonne foi* » on se rend compte que cette distinction, entre *être* et *devoir être*, c'est-à-dire entre description d'un fait, *les conventions s'exécutent de bonne foi* et donc « *les contractants sont de bonne foi* », ou prescription d'un devoir, *les contrats doivent se former ou s'exécuter de bonne foi* et donc « *Les contractants doivent être de bonne foi* », devient un élément de clivage qui explique, à bien des égards, la césure, majeure, opposants les solidaristes et les antisolidaristes.

Or cette réalité est lourde de sens si l'on admet que l'on est un juriste *optimiste* lorsque l'on considère que l'article 1134, al. 3 Code civil (ou le futur article 1103) présume que le contractant *est* de bonne foi, en toutes circonstances, en sorte que ce texte est purement descriptif, il est un *fait*, ou en toute hypothèse se suffit à lui-même et n'appelle pas d'interprétation particulière. Il signifie simplement que le Code civil *constate* que les contrats s'exécutent de bonne foi, que les contractants sont de bonne foi : il n'est donc pas besoin d'utiliser les ressorts de l'interprétation judiciaire pour ajouter à une bonne foi qui existe, en soi, dans les textes du Code civil, lui-même parfaitement descriptif de la réalité contractuelle. Seules des errements, contraires à cette bonne foi objectivement décrite seront sanctionnés. On comprend alors la critique tendant par exemple à délégitimer la « morale » qui inspirerait les juges, « des » juges, indéterminés dont on se sait finalement rien, mais qui seraient l'objet d'un « *interventionnisme désordonné* »¹⁰⁵ ou soumis à l'« *arbitraire* »¹⁰⁶, et dont on ne cherche surtout pas à savoir quoi que ce soit, des opinions¹⁰⁷ : il suffit de constater que, en toute hypothèse, l'entreprise de moralisation d'une institution,

¹⁰⁵ Cf. Ph. Rémy, « La genèse du solidarisme », in L. Grynbaum (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p. 3, sp. p. 11.

¹⁰⁶ L. Leveneur, « Le solidarisme contractuel : un mythe ? », in L. Grynbaum (dir.), *Le solidarisme contractuel*, op. cit., n°17.

¹⁰⁷ V. toutefois : T. Génicon, « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? », in *La place du juriste face à la norme*, Dalloz-Assoc. Henri Capitant, coll. « Thèmes & commentaires », 2012, p. 85.

par exemple celle du contrat, conduirait au despotisme, voire à la Terreur¹⁰⁸, ce qui est un jugement exagéré, sauf si on le considère comme identifiant que la conception solidariste est une conception *idéaliste*. Or, par hypothèse, ce n'est pas le contrat qui est livré au juge, à son supposé arbitraire ou son interventionnisme de mauvais aloi, c'est la proposition de norme juridique de l'article 1134, al. 3 du Code civil qui est livrée à son interprétation, pour déterminer son contenu, laquelle ne dépend que de la volonté du juge : considérer le contraire, c'est se méprendre sur le sens normatif de l'office du juge, indépendamment de l'appréciation du résultat.

Au rebours, on pourrait considérer que ces formules invitent le contractant à se comporter de bonne foi, il *doit être* de bonne foi, formule identifiant donc une *règle juridique*, de telle sorte que ces textes, les différents alinéas de l'article 1134 du Code civil et l'article 1135 ou demain, les textes séparés du Code civil nouveau, peuvent utilement servir de support à des interprétations volontaristes pour dénicher des obligations inhérentes au contrat, chaque fois qu'un contractant se manifeste comme de mauvaise foi. Il en résulte alors que les tenants de cette vocation à une interprétation volontariste se comportent en philosophes et juristes *pessimistes* : ils ne croient pas que le contractant soit, en soi, de bonne foi. Par conséquent, les juristes, juristes savants, plaideurs ou magistrats, doivent disposer des outils et de la latitude nécessaires pour sanctionner les comportements de mauvaise foi et, ce faisant, les prévenir par la formulation des résultats de cette interprétation.

Il est très vraisemblable que cette différence sémantique dans la formulation de l'article 1134, al. 3 et le futur 1103 du Code civil, est fortuite, quand bien même elle sert à merveille notre tentative de démonstration, à travers cette présentation en termes d'*être* et de *devoir être*, distinction première de la méthode positiviste de description des normes juridiques. La bonne foi

¹⁰⁸ Comp. Y Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », préc., sp. n°10 : « L'histoire nous renseigne sur ce qu'il advient lorsqu'on s'essaie à de telles entreprises. Toutes proportions gardées, Maximilien de Robespierre à la fin du XVIIIème siècle ou Lénine et ses émules dans la première moitié du XIXème siècle ».

serait dans un premier temps un *être*, un fait, dont on ne peut donc tirer aucune norme, et qui est susceptible d'être vérifié : le contractant est ou n'est pas de bonne foi, ce qui ressemble à la conception classique, ou *antisolidariste*. Elle serait à l'inverse un *devoir être*, c'est-à-dire une norme juridique, insusceptible d'être vraie ou fausse, mais susceptible d'être interprétée pour être appliquée et sanctionnée, le contractant doit être de bonne foi, ce qui est plutôt la conception *solidariste*, à ceci près que l'une comme l'autre ne se positionnent aucunement en termes de validité ou d'efficacité des normes juridiques, mais s'en tiennent à un ensemble de propositions d'interprétations. Les deux conceptions que cette différence renferme sont radicalement opposées, non pas seulement sur un terrain technique, mais bien sur un terrain philosophique, exprimé ou suggéré, pour cliver la question de la bonne foi en ce sens que le contractant *est de bonne foi* et il n'y a pas à en ajouter, ou le contractant *doit être* de bonne foi, appelant à des propositions d'interprétation visant à donner corps à ce *devoir être* contractuel, aujourd'hui, c'est-à-dire dans la jurisprudence et la doctrine (I) et demain, c'est-à-dire dans le Projet de réforme, à défaut de connaître le Code à venir (II).

I - Etre ou ne pas être de bonne foi en jurisprudence et la doctrine

A - Deux conceptions doctrinales majeures s'opposent donc.

D'un côté, la doctrine solidariste qui considère que face à un contrat, sa lettre ne suffit pas. On ne peut pas en effet, de son point de vue, s'en tenir à la formule de l'article 1134 ou 1194 selon laquelle « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » pour expliquer que la loi contractuelle est une « loi » et qu'elle résulte entièrement de la volonté des parties. Cette formule est audacieusement ambiguë en ce qu'elle utilise par deux fois la référence à la loi¹⁰⁹. Or, si le contrat « *tient lieu de loi* » à ceux qui les ont faites, c'est à la

¹⁰⁹ J.-P. Chazal, « De la signification du mot loi dans l'article 1134, al. 1^{er} du Code civil », RTD civ. 2001, p. 265, Adde C. Jamin, « Une brève histoire politique des interprétations de l'art. 1134 C. civ. », préc.

condition que les conventions soient *légalement* formées. Les deux termes sont inexacts : la formule « les contrats tiennent lieu de loi » signifie que le contrat est obligatoire en ce sens que le juge doit le rendre obligatoire, tandis que la formule « les conventions *légalement* formées » vise moins les normes de référence du contrat que les normes juridiques applicables à la matière contractuelle c'est-à-dire les interprétations jurisprudentielles, y compris (et surtout) la jurisprudence qui créerait des obligations ou des exigences non explicitement prévues par la loi par exemple. Ce dont il résulte que les conventions formées selon les règles de droit sont obligatoires à ceux qui les ont faite et que la formule « *les conventions s'exécutent de bonne foi* » ouvre la voie à la création d'exigences particulières, d'obligations ou d'exigences de comportement, justifiant la prise en compte d'un ensemble de considérations rassemblées autour du concept flou, mou, de « bonne foi ». Toutefois, on se saurait prêter au législateur des vertus telles que sa lettre devrait être respectée à la lettre et sans ajout jurisprudentiel (ce qui est évidemment vain) et en même temps ne pas considérer que si le législateur a utilisé un concept flou, c'est précisément pour laisser toute latitude d'interprétation par les juges, sous l'autorité normative de la Cour de cassation. On comprend alors que les partisans de l'extension de la fonction de la « bonne foi », vers le solidarisme contractuel par exemple, peuvent être également partisans d'autres interprétations créatrices comme celles, hier, autour de la cause et, demain de la notion de déséquilibre significatif.

A l'inverse, la conception opposée à la doctrine solidariste, qui emprunte les voies de la doctrine dite *classique* considère, de manière optimiste, que le contrat, tel qu'il est écrit, reflète la volonté parfaite de contractants, avisés, de bonne foi donc. Est de bonne foi, dans cette conception, celui qui exécute le contrat à la lettre, cette lettre qui se confond avec l'esprit du contrat, et serait de mauvaise foi le contractant qui prétendrait ajouter au contrat, ou proposer une interprétation particulièrement originale, de la loi ou du contrat.

Il convient de préciser que cette conception, qui est aussi la conception anglaise de la bonne foi, repose sur une présentation

qui est tout aussi morale que la première¹¹⁰. Simplement, et à la manière dont en parlait Ripert¹¹¹, cette morale est celle du Code civil lui-même. Si l'on reprend la formule de l'article 1134, al. 1er du Code civil, il en résulte que ce texte révèle la *doctrine de l'autonomie de la volonté* en ce sens que la formule « le contrat tient lieu de loi à ceux qui les ont faits » est à prendre au pied de la lettre : le législateur aurait ainsi donné une licence aux contractants pour légiférer, *inter partes*. Or, le Code civil serait tout entier épris de morale, de sorte qu'il en résulte que « la règle morale dans les obligations civiles » est intégralement figée dans le Code : *vade retro bonafides*, en quelque sorte, du moins cette bonne foi alors considérée comme *compatissante*, celle, alors des syndicats, des démocrates ou des libéraux, chez Ripert, aujourd'hui des solidaristes ou des juges, alors qu'il faudrait, au contraire, expulser de la conception de la bonne foi dans le contrat quelque morale que ce soit, puisqu'elle serait intégrée déjà dans la loi.

Sur le plan technique, l'idée est que les contrats d'affaires sont établis entre personnes avisées, soucieuses de leurs intérêts, entourées de conseils, ce qui est, là encore une conception *optimiste* de la réalité des contrats. On pourrait opposer à cette réalité que, même des contrats d'affaires sont conclus à la va-vite, sans conseils, et la plupart des contrats d'affaires sont en toute hypothèse des contrats d'adhésion qui ne se prêtent que très peu à la négociation, sauf quelques très rares contrats du « grand commerce » ou peut-être des relations entre associés « égaux ».

Il est alors intéressant d'observer que cette césure, qui oppose solidaristes et anti-solidaristes, qui n'est pas simplement technique, est voisine des réponses données à la question de savoir *quel est le fondement juridique du caractère obligatoire du contrat*. La conception solidariste est finalement très proche de la conception, dite positiviste, de la conformité du contrat à la norme juridique, encore qu'elle ne se présente jamais ainsi,

¹¹⁰ D. Mainguy, « Loyauté et droit des contrats de droit privé », in F. Petit (dir.), *Droit et loyauté*, Dalloz, 2015, p. 5.

¹¹¹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1936.

tandis que la conception antisolidariste se reflète dans la doctrine de l'autonomie de la volonté.

Or, bien souvent, les solidaristes sont considérés comme des *jusnaturalistes* tandis que les antisolidaristes se présentent comme des positivistes, alors que c'est peut-être très exactement le contraire.

La doctrine de l'autonomie de la volonté masque, derrière un légalisme à peine voilé, une conception *jusnaturaliste*, assez pauvre d'ailleurs et qui aurait lu Gounot à l'envers, rejetant la libre création jurisprudentielle par l'affirmation d'une primauté exclusive de la loi en tant qu'elle validerait une liberté contractuelle totale, éventuellement supérieure à la norme juridique (légale et surtout jurisprudentielle), qui n'aurait absolument pas à se pencher de quelque manière que ce soit sur la loi contractuelle, sanctuarisée, même avec beaucoup de bémols : « *tout ce qui est contractuel est juste, et de bonne foi* ». Fouillée écrivait d'ailleurs dans *L'idée moderne du droit* : « *La philosophie du XVIII^e siècle tendit à faire descendre le principe divin dans l'homme, considéré comme divin en lui-même et par lui-même* », toujours cette conception *optimiste* de l'homme, ici du contractant.

A l'inverse, les solidaristes, en intégrant la bonne foi et ses interprétations créatives dans le « bloc de normativité contractuelle », se présentent, *a priori*, comme proches des conceptions positivistes purement descriptives de la réalité normative¹¹², même implicitement, dans la mesure où le préalable à la proposition formulée par les solidaristes que le juge se sente libre d'interpréter l'article 1134, al. 3 du Code civil dans le sens qu'ils proposent, présuppose que l'on admette que le juge dispose du pouvoir d'interpréter les énoncés légaux, et même qu'il n'est pas, dans cette logique d'interprétation, guidé par un cadre quelconque qui serait contenu dans cet énoncé, mais est libre dans son interprétation.

¹¹² Sur ces points, comp. D. Mainguy, « Loyauté et droit des contrats de droit privé », préc.

B. Face à cette dualité, il est bien difficile de savoir si la bonne foi a, ou non, su trouver une place répondant aux vœux des uns, ou des autres.

Nul ne conteste plus, en effet, que la question de la place de la bonne foi dans les contrats suggère des comportements particuliers.

Les antisolidaristes par exemple, valident l'existence des obligations de renseignement, qui trouvent application dans les contrats de consommation comme dans les contrats financiers, l'obligation de mise en garde dans les prêts spéculatifs, par exemple dont on trouve difficilement mieux en terme de contrat d'affaires.

En revanche, le combat doctrinal, et devant les juges, s'est présenté à au mieux deux occasions, et en défaveur de la thèse solidariste, *a fortiori* d'un développement de la bonne foi dans les contrats.

La première est la question des conditions de la rupture d'un contrat. La question a considérablement évolué en la matière, au point de valider la proposition de *droit de résolution* (ou résiliation plus sûrement) *unilatérale d'un contrat à durée déterminée*, aux risques et périls de l'auteur de la rupture, (Projet, art. 1217 et s.), court-circuitant ce faisant l'exigence de *résolution judiciaire* qui semblait s'imposer de l'article 1184 du Code civil. Il n'est pas neutre d'observer que le projet de réforme reprend, et amplifie cette création jurisprudentielle datant de 1998, au point de faire de la résolution judiciaire un remède accessoire, croupion, une voiture balais de la rupture des contrats en quelque sorte (Projet, art. 1227).

On peut observer que cette question fait globalement consensus, entre les solidaristes et les antisolidaristes. Cela mériterait quelques observations, en premier pour vérifier que cette proposition, selon laquelle la rupture unilatérale s'impose, relève bien de la conception morale traditionnelle dont Ripert écrit qu'elle irrigue les règles du droit civil, et qu'elle n'emprunte pas les rivages d'une analyse plus économique du droit des contrats,

je veux bien entendu parler de la thèse de « *l'efficient breach of contract* ». Celle-ci n'existe pas, ou plus, en droit anglais des contrats, mais les caricatures ont la vie dure. Il s'agit en réalité d'une conception plus subtile que celle validant le droit de rompre un contrat lorsque cette rupture est *efficient*, profitable pour son auteur, ce qui laisse supposer que cette rupture s'effectuerait librement et surtout gratuitement. Il n'en est rien et il n'en a jamais été ainsi dans aucun système juridique sensé, et le droit de rupture unilatérale d'un contrat à dure déterminée, repose plus sûrement sur l'illustration de l'existence d'un « *droit d'option* »¹¹³ qui permettrait au contractant de choisir entre exécuter le contrat, ou ne pas l'exécuter, et donc le rompre, mais en payant le prix nécessaire pour cela, ce qui aboutit au débat sur l'exécution forcée ou par équivalent des obligations et des contrats.

Or, solidaristes et antisolidaristes se rejoignent dans une belle unanimité pour condamner cette odieuse proposition, qu'illustre, par exemple, la difficile question de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter. Cette unanimité repose sans doute sur le fait que le débat n'est en rien fondé sur une conception, ou une autre, de la bonne foi, quand bien même son étendard serait brandi au soutien de la condamnation de ce droit d'option.

En revanche cette unanimité cesse lorsqu'il s'agit d'envisager les conditions ou les conséquences de la rupture d'un contrat, quel que soit le contrat cette fois, par exemple un contrat de distribution. On sait que la rupture d'un tel contrat n'est pas gratuite (ou plus exactement est onéreuse pour au moins l'une des parties) : elle crée au contraire un préjudice considérable pour celui qui la subit, en général le distributeur, le franchisé, le concessionnaire automobile, mais pas systématiquement celui-ci, et qui ne peut être réparé que pour autant que la « victime » de cette rupture démontre que celle-ci a été *abusive*, bien au-delà de la rupture *brutale* que le Code civil reprend d'ailleurs, sans

¹¹³ Comp. D. Mainguy, « L'exécution forcée, du « coût manifestement déraisonnable à la reconnaissance d'un droit d'option », in Réforme du droit des contrats : le débat, Dr. & Pat. 2014/10, n°240, p. 60

doute, à son compte (Proj., art. 1212) et se substitue, très heureusement, à l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. Or, tous les débats judiciaires s'articulent, entre autres, autour de la démonstration de ce caractère abusif, de telle manière que le contrôle du caractère non abusif de la rupture devient un classique du débat judiciaire, avec un très bel avantage procédural pour l'auteur de la rupture : c'est à son adversaire de prouver que la rupture a été *abusive* et point à l'auteur de la rupture que celle-ci a été loyale.

Au passage, cette question illustre l'une des difficultés de la définition des contours de la bonne foi : celle-ci, comme n'importe quel universel, est inconnaissable, indéfinissable, indescriptible, alors que les contours de la mauvaise foi le sont parfaitement : il faudrait pour cela repérer toutes les hypothèses dans lesquelles un comportement de mauvaise foi a été repéré et sanctionné. Or, la logique mathématique est ici de peu d'utilité : l'ensemble « bonne foi » n'est pas égal à l'inverse de l'ensemble « mauvaise foi » de sorte qu'il n'est pas possible de définir la bonne foi comme l'ensemble des comportements qui n'ont pas été sanctionnés comme de mauvaise foi, pas davantage que l'ensemble « licite » par exemple n'est égal à l'ensemble de tout ce qui n'est pas considéré comme « illicite ». C'est toute la difficulté consistant à saisir les frontières de l'ordre public, avec la formule de l'ordre public virtuel, pour justifier qu'il n'existe pas en droit français de « loi de validation universelle » selon laquelle tout ce qui n'est pas interdit serait permis. De la même manière, tout ce qui n'est pas de la mauvaise foi n'est pas nécessairement de la bonne foi.

Or c'est pourtant pratiquement ce à quoi aboutit la jurisprudence imposant à la victime de la rupture de prouver le caractère abusif de celle-ci. D'où la proposition de valider l'existence d'une obligation de motivation dans les contrats qui était l'un des combats majeurs¹¹⁴, et Denis Mazeaud l'avoue¹¹⁵, coordonné, par les solidaristes. Il est piquant, d'ailleurs, d'observer que

¹¹⁴ Cf. D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », Mélanges M. Cabrillac, Dalloz-Litec 1999, p.165.

¹¹⁵ D. Mazeaud, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », préc.

l'analyse économique, enfin, une certaine analyse économique, aboutit au même résultat : pendant longtemps, les contrats de distribution automobile devaient comporter une exigence de motivation comme condition de validité concurrentielle (REC 14000-2002), jusqu'à la modification, en 2010, des conditions d'exemption des contrats de distribution en droit européen de la concurrence par l'unification autour des règles ordinaires en la matière (REC n°330-2010).

Le deuxième exemple est celui de la question du traitement dit de l'imprévision. Un colloque entier ne suffirait pas à épuiser les trésors de propositions de normes en la matière depuis un siècle, mais on peut relever que les solidaristes cherchaient à valider l'idée qu'un contrat de longue durée suppose que lorsque les conditions économiques qui présidaient à la conclusion du contrat avaient changé, ce fait, ce changement des circonstances économiques, justifiait, au nom de la bonne foi contractuelle, la reconnaissance de l'existence d'une obligation de renégocier le contrat dont la méconnaissance emporterait l'engagement de la responsabilité du fautif, au moins, et la rupture du contrat, en toute hypothèse. Là encore, on se souvient peut-être du débat, assez médiocre qui avait entouré le commentaire de l'arrêt du 16 mars 2004, où l'un de ses commentateurs le rapporteur de ce colloque, qui osait prétendre qu'on pouvait y voir, en conjuguant cet arrêt avec deux autres, non moins célèbres, les arrêts *Huard* de 1992 et *Chevassus-Marche* de 1998, l'amorce d'une décision de principe en ce sens, était voué aux gémonies universitaires. Les critiques d'alors paraissent bien risibles aujourd'hui à la lecture d'un arrêt du 8 septembre 2010, non moins commenté et surtout des propositions législatives subséquentes. Ainsi, la loi *Hamon* du 17 mars 2014 a introduit un article L. 441-8 dans le Code de commerce qui impose une telle obligation de renégociation, dans le cadre, certes très particulier des contrats conclus entre producteurs et distributeurs de produits agricoles, mais le principe est acquis, là encore dans un texte émanant du ministère de l'Economie. C'est peut-être d'ailleurs l'une des raisons qui justifie que le projet de réforme reprenne à son compte ce traitement, qui prête à discussion, du changement de circonstances économiques (C. civ., art. 1196), non sans poser

question d'ailleurs. A bien lire le texte de l'article 1196 futur du Code civil, c'est une véritable révolution, ouvrant à la voie à la possibilité pour le juge de procéder, lui-même, à « *l'adaptation du contrat* », si l'on entend bien les frémissements provenant de la réforme de la réforme.

Il y a bien d'autres terrains d'affrontement, la question des exigences précontractuelles, à la lumière d'un arrêt du 14 septembre 2005 dont l'un des commentaires a été plus commenté que l'arrêt lui-même, ou bien encore de la question du *dol de l'acheteur* dans l'arrêt *Baldus*, ou encore de la question de l'élargissement de l'exigence de rémunération comme conditions de validité d'une clause de non concurrence dans les contrats d'affaires etc.

Sur tous ces terrains, et comme le reconnaît Denis Mazeaud, le solidarisme contractuel, en tant que pensée juridique originale, est restée surtout un ensemble de propositions doctrinales, mais en jurisprudence, il a été défait¹¹⁶, avec en point d'orgue l'arrêt du 10 juillet 2007, isolant une distinction, proprement incompréhensible, entre la *substance et les prérogatives contractuelles* où l'on croirait déceler les universels et les prédicats aristotéliens puis thomistes.

Cela étant, il ne faudrait pas en déduire que cette défaite du solidarisme contractuelle, qui n'est d'ailleurs que passagère, aboutit à un écart de la bonne foi dans les contrats au prétexte que l'un des outils préféré des solidaristes était la bonne foi. On peut même penser que c'est exactement le contraire.

II - Etre ou ne pas être de bonne foi dans le projet de réforme ?

Ce Projet de réforme, qui préfigure les grandes lignes du Code à venir, est une bénédiction, ne serait-ce que parce qu'il redonne une lisibilité au Code civil, en cette matière tout au moins, reprend quelques avancées principales de la jurisprudence, mais

¹¹⁶ D. Mazeaud, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », préc.

c'est en même temps une catastrophe, en ce qu'il ravive cette vieille mais toujours présente tendance à l'Exégèse ou à des formalismes voisins et à la prétention de considérer que le droit se trouve dans la loi (et donc qu'il est accessible, intelligible, offre la sécurité et la prévisibilité à laquelle on doit s'attendre, et autres mythes juridiques), et, subséquemment,¹¹⁷ de pouvoir déterminer doctrinalement les solutions futures et acceptables de la jurisprudence, louant les solutions qui se rapprochent de ses propositions et critiquant celles qui s'en éloignent. Ce n'est pas le débat ici, mais nul spectateur de cette réforme ne peut ignorer les commentaires déjà publiés, qui se présentent, parfois, comme de telles propositions, voire expressions d'un danger, éventuellement constitutionnel, dans telle disposition, et notamment dans le futur article 1169 et sa proposition de généralisation du contrôle des déséquilibres significatifs, présenté comme une porte ouverte à une intrusion systématique du juge, une forme de repoussoir à l'investissement étranger, etc., alors même que le texte n'est pas définitif, qu'on ne sait rien de la manière dont il sera interprété par la Cour de cassation et qu'à tout prendre, celle-ci, qui disposait d'une formule « attrape-tout », avec la « cause », n'en a jamais usé de manière inconsidérée ou scandaleuse. C'est la raison pour laquelle je me garderai, ici, de tout pronostic, et me contenterai de vérifier le sort que ce projet réserve à la notion de « bonne foi », et finalement, au débat entre solidaristes et antisolidaristes.

C'est d'ailleurs le mécanisme le plus souvent choisi par les antisolidaristes qui utilisent systématiquement, comme élément de critique, le fait que le solidarisme aurait pour objectif d'investir le juge, sous couvert de la bonne foi du pouvoir d'imposer sa propre vision de l'équilibre et de l'utilité du contrat¹¹⁷. Or, cet amalgame procède d'une confusion qu'il faut ici dénoncer rapidement. La doctrine ne dispose pas du pouvoir, ni en droit ni en fait, de déterminer quelle serait la nature des pouvoirs du juge et moins encore le contenu valide des décisions judiciaires à venir. La doctrine dispose des moyens scientifiques

¹¹⁷ F. Terré et Y. Lequette, *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, éd. Dalloz, 2008, obs. sur Cass .com. 10 juill. 2007, sp. p. 178.

lui permettant de déterminer des propositions d'interprétations des énoncés textuels, des significations possibles de celui-ci, alors que c'est le juge qui détermine l'interprétation, par un pur acte de volonté, qui fera la norme juridique applicable selon la méthode positiviste de description du droit dite réaliste¹¹⁸. La jurisprudence, c'est-à-dire le juge, le juge souverain, dispose d'une liberté totale, sauf un certain nombre de contraintes juridiques, d'interpréter les normes légales (qui ne sont alors pas autre chose de simples énoncés de type législatif, comme tout autre énoncé d'ailleurs, de type jurisprudentiel notamment) qui lui sont soumises et on peut supposer, mais non nécessairement, que parmi les propositions de normes qui sont à sa disposition, figurent les propositions doctrinales (que l'on retrouve par exemple dans le rapport du Conseiller rapporteur, lorsqu'il est publié).

Me ralliant à la méthode positiviste réaliste, je me garderai de formuler des propositions en forme de conseils aux juges, mais même un positiviste ayant comme tout un chacun, une âme et des opinions, il est parfaitement possible de prétendre tenter de décrire le droit tel qu'il est *et* de participer au débat prescriptif.

Or, il est évident qu'un nouveau corpus d'ampleur, et notamment dans le secteur du droit des contrats, encourage le développement de ce débat prescriptif voire de prévision de ce que seront les décisions judiciaires à venir, c'est d'ailleurs bien commencé dans les revues juridiques, les blogs et même quelques ouvrages de droit des contrats.

Sans vouloir y ajouter ici, on peut cependant observer que le projet de réforme ne consacre pas un abandon de la bonne foi, sous toutes ses formes, loin s'en faut. Quelques exemples pourront l'illustrer.

¹¹⁸ Comp. C.-S. Pinat, *Le discours de l'avocat aux conseils devant la Cour de cassation*, Th. Dr. Montpellier, 2015.

A - Les avancées directes de la bonne foi

Le premier exemple est la formule de l'article 1103 du Code civil. Celui est détaché de l'article 1194, qui reprend, sans les changer, les deux premiers alinéas de l'article 1134 du Code civil, pour détacher l'ancien alinéa 3 et le déplacer dans le chapitre préliminaires, qui fut dans un autre projet de réforme, un ensemble de « principes directeurs du contrat ». L'article 1103 dispose désormais que « *les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi* », l'article 1194 reprenant, inchangés les deux alinéas de l'article 1134, couplé, d'ailleurs à l'article 1195, ex article 1135 du Code civil : on admirera d'ailleurs au passage l'effort louable de l'utilisation des mêmes « code numériques », 1194 et 1195 pour les articles 1134 et 1135, 1103 pour l'article 1134, al. 3, etc.

La césure entre les anciens alinéas 1 et 2 et l'ancien l'alinéa 3 du Code civil n'est pas signifiante en soi, sinon pour tenter de présenter ces deux questions de manière distincte. L'exigence de bonne foi s'inscrit dans le chapitre relatif aux « *dispositions préliminaires* » avec diverses autres dispositions qui sont souvent consistées de définitions, tandis que les deux anciens premiers alinéas se retrouvent dans l'article 1194 du Code civil.

En outre, le changement de termes peut être signalé : *les conventions s'exécutent de bonne foi*, dans l'article 1134, *les conventions doivent être formées et exécutées de bonne foi*, dans l'article 1103 du Code civil. Deux différences sautent aux yeux. La première repose sur l'extension du domaine de l'exigence, de celui de l'exécution du contrat vers celui de sa formation. Cela n'a rien d'original ni de nouveau, étant entendu que la jurisprudence considérait depuis longtemps que la négociation des contrats était placée sous le contrôle d'une exigence de bonne foi dans la négociation, notamment au chapitre de la rupture abusive de la négociation et celle-ci est d'ailleurs renforcée par la règle de l'article 1111 du Code civil qui dispose que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». Et on ne voit pas quelque autre exigence

pourrait résulter nécessairement de cette formule, par exemple pour exiger une exclusivité ou une confidentialité particulière de la négociation, sous la réserve de l'article 1112 du Code civil, hors clause spécifique dans un contrat de négociation. En outre, on se demande pour quelles raisons le législateur a omis la rupture du contrat. Il aurait pu proposer la formule selon laquelle *les contrats doivent être formés, exécutés et rompus de bonne foi*, ce qui n'aurait pas changé grand-chose au droit positif sinon de décrire mieux la réalité de la place de l'exigence de bonne foi.

B - Les références indirectes à la bonne foi.

Au-delà de ce premier exemple, il est plus saisissant d'observer que la place de la bonne foi, ou plus exactement que les dérivés de l'application du standard « bonne foi », n'ont en rien régressé, tout au contraire.

Pour en rendre compte, il convient d'admettre que le concept de « bonne foi » est insignifiant en tant que tel, sinon par l'idée selon laquelle la bonne foi serait constituée d'un ensemble d'exigences, posées par des normes juridiques issues d'une interprétation de l'article 1134, al. 3, hier et 1103, demain, qui sont elles-mêmes à l'origine de comportements, prohibés ou incités ou d'obligations inhérentes au contrat, c'est-à-dire qui existent de manière impérative, quand bien même les parties les auraient omises, voire les auraient écartées. Il en résulte d'ailleurs que la formule, souvent employée, d'obligation de bonne foi, n'a aucun sens : la bonne foi est un standard juridique sur la base duquel des obligations ou des comportements s'imposent en fonction des interprétations dégagées par le juge.

Comme standard juridique, la bonne foi, qui n'est pas plus définie aujourd'hui qu'elle ne l'était hier, est donc une notion qu'il appartiendrait à l'interprète de déterminer, essentiellement de manière négative d'ailleurs, par les déterminations de la mauvaise foi.

Or, en tant que standard juridique, la bonne foi se décline en un nombre indéterminé de termes voisins¹¹⁹ : loyal, légitime, raisonnable, équitable, proportionné, etc. et bien entendu leurs contraires, plus riches en vocabulaire, déloyale, abusif, déraisonnable, inéquitable, fautif, disproportionné, potestatif, etc.

Or, ces dérivés sémantiques de la bonne foi et parfois des applications concrètes de cette exigence de bonne foi se retrouvent expressément dans la nouveau Code civil.

La question du traitement de l'imprévision (*Projet C. civ.*, art. 1196) a déjà été entrevue, mais c'est également le cas des obligations d'information, voire de la promesse unilatérale de contracter ou des pactes de préférences qui sera sans doute rangée, à tort à mon sens dans le camp des victoires de la bonne foi, mais surtout, si l'on admet que la bonne foi invite à une considération optimiste ou pessimiste des contractants, à l'aune d'exigences totalement nouvelles. J'évoque ici le mystère qui entoure la formule de l'article 1129 du projet qui, s'il omet la question de la preuve, à l'origine d'un certain nombre de difficultés jurisprudentielles apparues à l'occasion des relations médicales, évoque le devoir d'information de manière tellement générale, qu'on pourrait se demander s'il ne contient pas une potentielle réforme de l'arrêt *Baldus*, mais également des succédanées de la cause disparue (pour un temps, le terme étant d'ailleurs repris sous une forme déguisée dans l'article 1167 du Projet de Code civil). L'article 1129 indique en effet que « *celui qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ».

Il est frappant, en effet, de constater que, globalement, le camp des causalistes modernes et celui des anticausalistes est

¹¹⁹ Comp. D. Mainguy, « *Le raisonnable en droit des affaires* », in *les concepts émergents du droit des affaires*, LGDJ, 2010, p.307.

équivalent à celui des solidaristes et des antisolidaristes¹²⁰, ce qui s'explique par l'idée que le triomphe d'une cause élargie, ou envahissante, selon le camp choisi, relève de la même idée suggérant que le juge dispose d'une liberté d'interprétation totale de la norme juridique, au point qu'il pourrait donner à la cause une vigueur qui n'était pas celle des « auteurs » du textes, à les supposer identifiables et à supposer leur volonté connaissable. Or si la cause, en tant que telle, disparaît au profit d'un « contenu » du contrat, où apparaît d'ailleurs le terme « cause ». Or cette disparition s'accompagne de règles nouvelles légalisant un certain nombre de solutions jurisprudentielles, dont la question de l'abus dans la fixation du prix, fondée sur la bonne foi dans les contrats (Projet, C. civ., art. 1163), ou de l'attente « légitime » des parties, comme d'ailleurs la question de l'indétermination de la qualité de la prestation attendue (Projet, C. civ., art. 1164), ou encore l'éradication des clauses qui privent une obligation de sa substance, les clauses limitatives de responsabilité en premier (Projet, C. civ., art. 1168).

Surtout l'article 1169 du Code civil, qui fédère une grosse majorité de contradicteurs en raison de l'insécurité juridique qu'elle contiendrait en germe et de l'effet de rejet du droit français qui en résulterait, pose le principe du contrôle des clauses qui créent un *déséquilibre significatif* entre les droits et obligations des parties au contrat, clauses dites « abusives » par référence au précurseur droit de la consommation. Or, le terme même généralement retenu, clause « abusive » renvoie davantage au vocabulaire de la bonne foi qu'à celui de la cause. Il est globalement équivalent de dire qu'une clause est exagérée lorsqu'elle crée un déséquilibre significatif, parce qu'elle prive de « cause » cette obligation, que de dire que le contractant qui insère une telle clause dans un contrat se comporte de mauvaise foi, ou l'invoque de mauvaise foi.

¹²⁰ Comp. Th. Génicon, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats, À propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », D. 2015, p. 1551 et G. Wicker, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », D. 2015, p. 1557.

Or il y a tout lieu de penser que ce mécanisme concentrera, à l'avenir, s'il est maintenu et n'est finalement pas limité aux contrats non négociés, autant de débats que n'en attirait l'article 1131 du Code civil. Il est assez vain de considérer d'ailleurs que ce mécanisme serait de nature à fragiliser le droit français des contrats, en tant que celui-ci aurait vocation à se présenter comme « attrayant » dans la vie des affaires, dans la mesure où la vie des affaires, précisément, connaît un autre texte, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, bien plus redoutable, puisqu'il identifie une série de clauses regardées comme illicites par principe et propose une action dite « *du ministre* » lui permettant d'agir de manière autonome, c'est-à-dire indépendamment de toute action de la victime, et permettant d'obtenir une amende civile pouvant aller jusqu'à 2 millions d'euros, l'ensemble ayant été validé sur le terrain du droit constitutionnel et du droit européen.

Ici ou là, encore, les traces d'exigences d'éléments susceptibles d'être associées à une idée de bonne foi peuvent être décelées, sans qu'il soit utile de les envisager systématiquement.

L'essentiel était de mesurer la réponse à la question posée par les organisateurs de ces études, à savoir « le contractant, personne de bonne foi », question retraitée en celle de savoir si la bonne foi, ce standard juridique intrusif depuis la fin des années 1980, et qui avait connu un succès mitigé en jurisprudence, allait être définitivement éradiqué du Code civil ou au contraire promu. La réponse semble s'amorcer d'évidence : quelle que sera l'interprétation que les juges à compter de 2016, réserveront aux textes qui contiennent ces transpositions de la bonne foi, celle-ci est bien présente dans le projet de Code civil, en un sens d'ailleurs assez offensif, réveillant d'ailleurs les enseignements de la doctrine solidariste, celle-là même qui se pensait hors du jeu contractuel¹²¹.

¹²¹ D. Mazeaud, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », préc.