

Droit civil - dissertation

Le rôle de la bonne foi en droit des contrats

Les divers projets de réforme du droit des contrats (*Catala, Chancellerie, Terré*) ont mis au jour deux points principaux de désaccord en doctrine, qui reflètent du reste les hésitations jurisprudentielles : il s'agit du rôle de la cause et de la consécration de principes directeurs du contrat. Or, parmi ces principes directeurs, figure, à côté de la liberté contractuelle et de la force obligatoire, l'exigence de bonne foi. C'est dire que le rôle de la bonne foi en droit des contrats constitue encore aujourd'hui une pomme de discorde.

Au vrai, les termes mêmes du débat, et donc ceux du sujet, prêtent déjà à controverse. D'abord, l'expression « bonne foi », qui traduit littéralement la *bona fides* romaine, est parfois concurrencée par d'autres vocables tels que « la loyauté ». Ainsi a-t-on pu considérer que les principes directeurs envisagés traduisaient la nouvelle devise contractuelle : liberté, sécurité, loyauté. A Rome, la bonne foi résultait de l'inadaptation du formalisme et de l'évolution de la procédure. Son admission n'était pas non plus étrangère à l'influence grandissante de la notion philosophique grecque de morale. A son apparition, la bonne foi faisait ainsi figure de substitut de la sécurité et de la garantie d'exécution précédemment assurées par les formes. Autrement dit, elle permettait d'assouplir les rigueurs d'un système juridique. Et, on le verra, cette vertu n'a pas cessé. Ensuite, si l'on s'en tient au vocable « bonne foi », le singulier du sujet fait problème. En effet, l'expression est polysémique et son usage, par-delà le droit des contrats, signale une pluralité d'acceptions. Ainsi, la bonne foi visée dans l'usucapion ou dans le cadre du mariage putatif renvoie à l'ignorance légitime d'un fait : c'est une bonne foi statique, qui vise simplement à protéger l'ignorant dès lors que cette ignorance n'est pas fautive. L'ignorant bénéficiera d'une prime à la bonne foi. Il existe aussi une autre acception, plus dynamique celle-là : être de bonne foi, c'est respecter l'esprit du contrat, ne pas de borner à sa lettre. Cela implique non un comportement passif mais une éventuelle collaboration, voire une entraide entre parties. Il ne s'agit plus alors de donner une prime à la bonne foi mais de sanctionner seulement la mauvaise foi, en quoi le sujet recoupe alors la sanction de l'abus des prérogatives contractuelles ou l'abus de comportement. Enfin, et les deux sont évidemment liés, c'est aussi un pluriel qui devrait s'imposer lorsqu'on considère la pluralité des rôles de la bonne foi en droit des contrats. Il s'agit en effet d'une obligation de comportement qui s'ajoute à l'obligation économique visée par les parties, comme le suggère nettement la lecture de l'article 1135 du Code civil, et comme l'a très bien démontré le professeur *Ancel* dans son article *Force obligatoire et contenu obligation du contrat*. Le contrat comporte non seulement des obligations spécifiques mais aussi des devoirs de comportement qui préexistent au contrat : la société, qui repose sur un contrat social, n'exige-t-elle pas de nous un minimum de bonne foi dans nos rapports ?

Cependant, et précisément, la difficulté du sujet n'est pas seulement sémantique, elle est aussi politique. D'une part, la tension ancienne entre le premier et le troisième alinéa de l'article 1134 est bien connue : à trop vouloir moraliser les rapports contractuels, ne va-t-on pas subvertir la force obligatoire ? *Ripert* le soulignait dès 1936 dans son célèbre article fustigeant l'avènement d'un « *droit de ne pas payer ses dettes* ». La formule a tout aujourd'hui d'une antienne, répétée notamment dans les divers commentaires du dispositif de lutte contre le surendettement, qui assure une prime à la bonne foi du débiteur contractuel, lui permettant même, le cas échéant, de se décharger du fardeau de sa dette au nom d'une justice plus sociale que contractuelle. D'autre part, la thèse du solidarisme contractuel, inspirée de la vision organiciste du microcosme contractuel chère à *Demogue*, cherche à renforcer les rôles de la bonne foi, mais elle fait

débat pour au moins trois raisons. Premièrement, la Cour de cassation ne l'accueille pas ouvertement, rappelant régulièrement qu'un créancier contractuel, même de mauvaise foi, demeure créancier. Deuxièmement, les frontières de la bonne foi sont sujettes à des hésitations jurisprudentielles et doctrinales : n'est-ce qu'une « obligation contractuelle » ou bien faut-il y voir un devoir de comportement irrigant les rapports des parties avant comme après le contrat, et sanctionnée à ce titre comme une faute délictuelle ? Aussi bien convient-il de mettre en perspective le développement nuancé de l'exigence d'exécution de bonne foi (I) et l'émergence avérée d'un devoir de contracter de bonne foi (II)

I. Le développement nuancé de l'exigence d'exécution de bonne foi

Sur le fondement de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, la jurisprudence a multiplié les applications de l'exigence d'exécution de bonne foi en sanctionnant les parties de mauvaise volonté (A) tout en prenant garde de bien circonscrire ses effets (B).

A. Le développement de ses applications

Les applications de l'exigence d'exécution de bonne foi se manifestent soit au nom de la sanction de la mauvaise foi (1), soit au nom de la sanction de l'abus (2).

1- Les applications au nom de la sanction de la mauvaise foi

L'exigence d'exécution de bonne foi a reçu de très nombreuses applications, pour les contrats les plus variés, et elle interfère avec l'ensemble des remèdes à l'inexécution du contrat, qu'il s'agisse de l'exécution forcée, de la résolution ou de l'exception d'inexécution. Pour ne retenir que ce dernier exemple, il convient de rappeler qu'une jurisprudence constante exige que l'*excipiens* soit de bonne foi. Il est vrai que l'exercice de ce remède, bien qu'il ne mette pas fin au contrat, risque de causer de sérieuses difficultés, notamment financières, au débiteur à terme. Ce dernier peut se trouver dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations à l'égard de tiers. La suspension peut ainsi précipiter son endettement, voire aboutir à l'ouverture d'une procédure collective à son endroit. Cela ne signifie pas pour autant que l'exercice de l'exception pour risque d'inexécution soit systématiquement constitutif d'un comportement contraire à la bonne foi. Lorsque cela se vérifie, l'*excipiens* est sanctionné comme l'est toute personne qui agit de mauvaise foi dans l'exécution du contrat. L'exercice de l'exception d'inexécution lui est fermé et le juge de l'urgence n'accordera pas la suspension.

La Cour de cassation donne du reste toute sa mesure à l'exigence de bonne foi en ne la limitant pas à l'analyse du comportement du créancier. En effet, dans un arrêt de la première chambre civile du 22 mai 1996, l'exigence posée par l'art. 1134, alinéa 3 du Code civil est envisagée par les magistrats dans une perspective assez inhabituelle. Il ne s'agit pas de prévenir, de contrôler ou de sanctionner une quelconque déloyauté de la part du créancier mais de rappeler le débiteur à son premier devoir de contractant : c'est-à-dire régler sa dette. D'après la Cour de cassation, exécuter le contrat de bonne foi exige que la partie qui se sait débitrice signale à son cocontractant l'erreur qu'il commet en omettant de réclamer son dû. A défaut de se comporter ainsi, le débiteur supporte les conséquences de sa déloyauté et ne peut échapper au paiement immédiat des créances non encore prescrites.

La Cour de cassation condamne ainsi sans détour le libéralisme excessif dont prétendraient bénéficier le débiteur comme le créancier. Cela se vérifie aussi sur le terrain de l'abus.

2- Les applications au nom de la sanction de l'abus

En effet, l'exigence de bonne foi dans l'exécution se manifeste également à travers la sanction de l'abus.

D'une part, l'admission, dans ses arrêts du 1er décembre 1995, par l'Assemblée plénière du pouvoir reconnu à un contractant de fixer unilatéralement le prix du contrat a été logiquement accompagnée par la mise en place d'un contrôle judiciaire de l'abus. Si la reconnaissance d'un tel pouvoir unilatéral au sein du contrat s'imposait en raison de l'inégalité structurelle qui anime certaines figures contractuelles, comme les contrats-cadres ou certains contrats de location de longue durée, il n'est pas pour autant question d'abandonner le sort du contractant dominé au bon vouloir du maître du prix. La « réserve d'abus », posée par l'Assemblée plénière, assure donc la protection du débiteur du prix fixé unilatéralement par son cocontractant et exprime l'obligation pour le partenaire dominant de prendre en compte l'intérêt du partenaire dépendant, dans l'exercice des pouvoirs que lui confère la relation de dépendance. Dans les décisions qui retiennent un abus, celui-ci procède de la combinaison de données juridiques propres à la convention litigieuse (clause d'exclusivité, longue durée du contrat, déséquilibre des prestations), du comportement du contractant (majoration arbitraire, pratique tarifaires opaques) et de considérations économiques (état du marché, offres concurrentes, durée d'amortissement). Ainsi, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 24 octobre 2001, a-t-elle caractérisé l'abus dans la fixation d'un prix de location de coffre-fort en précisant: « *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* ».

D'autre part, des principes inspirés de ceux qui ont été mis en œuvre à propos du contrat de travail régissent la rupture de tous les contrats à durée indéterminée. Certes, d'une part, le principe de l'interdiction des contrats perpétuels implique que la rupture d'un contrat à durée indéterminée soit toujours possible. Mais elle ne peut intervenir qu'après un préavis et sans abus (Com. 3 juillet 2001). Ces solutions traditionnelles ont été consacrées par le Conseil constitutionnel dans sa décision déclarant conforme à la Constitution la loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité (PACS). Il y est affirmé que « *la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants [...] que cette rupture [doit] donner lieu à un préavis* », et à la réparation du préjudice pouvant éventuellement en résulter. Lorsque le contrat prévoit une condition pour la résiliation, et que celle-ci a été respectée, les juges du fond ne peuvent pas condamner pour abus la partie qui l'a invoquée (Civ. 1^{re}, 3 avril 2001). Si un contractant est en droit de refuser de renouveler un contrat à durée déterminée arrivé à terme, sa responsabilité est engagée en cas d'abus dans l'exercice de ce droit (mais la Cour de cassation n'admet que rarement l'existence d'un abus dans le droit de ne pas renouveler un contrat de concession à durée déterminée : Sociale 27 févr. 2007). La jurisprudence est particulièrement abondante pour la résiliation abusive ou le refus abusif de renouvellement d'un contrat de concession commerciale et de franchisage. La Cour de cassation vise l'article 1134, alinéa 3, ce qui revient à assimiler dans ce domaine la faute à une déloyauté.

B. La circonscription de ses effets

Le contractant de mauvaise foi sera sanctionné, soit qu'il ne puisse pas disposer de certaines prérogatives, soit qu'il doive des dommages et intérêts (1). Tel est du moins ce qui ressort tant de la jurisprudence que de certaines dispositions légales. Toutefois, un arrêt rendu le 10 juillet 2007 par la chambre commerciale de la Cour de cassation vient rappeler que la sanction de la mauvaise foi ne saurait altérer le cœur du contrat (2).

1- La paralysie de certaines prérogatives d'une partie et la condamnation à des dommages intérêts

Le contractant de mauvaise foi ne saurait solliciter un certain nombre de droits que lui confèrent la loi ou le contrat. Une sorte de fin de non-recevoir, similaire à celle

qui résulte de la règle *nemo auditur*, s'oppose en effet à ce qu'il puisse les invoquer à son profit.

D'abord, la mauvaise foi du débiteur, que le législateur l'ait prévue ou non, tend à paralyser le jeu d'un certain nombre de dispositions légales. Par exemple, sa mauvaise foi ne lui permet pas de bénéficier des délais de grâce prévus par l'article 1244-1 ou par un texte spécial. De même, en cas de surendettement, l'article L. 330-1 du code de la consommation prévoit que « *la situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir* » (et l'article L. 332-6 du Code de la consommation relatif à la procédure de rétablissement personnel dispose: « *Le juge, après avoir entendu le débiteur s'il se présente et apprécié le caractère irrémédiablement compromis de sa situation ainsi que sa bonne foi, rend un jugement prononçant l'ouverture de la procédure* »). Ici, la bonne foi est conçue comme l'absence de mauvaise foi et non comme un comportement particulièrement diligent du débiteur.

Ensuite, le créancier de mauvaise foi ne peut également se prévaloir d'un certain nombre de droits que lui confère le contrat. En effet, la prise en compte de la mauvaise foi du créancier par les juges est susceptible de paralyser le jeu d'un certain nombre de clauses contractuelles, qui doivent être exécutées de bonne foi en vertu de l'article 1134, alinéa 3, du code civil. Ainsi, la mauvaise foi de celui qui les invoque entraîne leur neutralisation. Par exemple, exercées abusivement, les clauses résolutoires perdent toute efficacité, même si la bonne foi ne semble pas s'opposer à ce qu'une clause expresse de dispense de mise en demeure soit stipulée, dès lors qu'elle est non équivoque (Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004). À plusieurs reprises, la Cour de cassation a ainsi décidé qu'« *une clause résolutoire n'est pas acquise, si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier* » (Civ. 1^{re}, 31 janv. 1995). En revanche, il importe peu que le débiteur soit de bonne foi. Sans doute, certaines décisions ont pu laisser penser que la bonne foi du débiteur pourrait jouer telle une excuse absolutive empêchant le créancier de demander l'exécution par celui-ci de ses obligations. Ainsi, un arrêt a qualifié le créancier de mauvaise foi au motif qu'il n'avait pas tenu compte de la bonne foi du débiteur (Civ. 3^e, 13 avril 1988), tandis que d'autres ont paralysé l'exercice d'une clause résolutoire au motif que le débiteur était de bonne foi (Civ. 1^{re}, 22 juillet 1986). Toutefois, la jurisprudence est rapidement revenue à plus d'orthodoxie, en décidant qu'« *en cas d'inexécution de son engagement par le débiteur, sa bonne foi est sans incidence sur l'acquisition de la clause résolutoire* » (Civ. 3^e, 24 septembre 2003).

Enfin, l'usage abusif de certains droits, illustration de la mauvaise foi, peut justifier que le créancier soit tenu d'octroyer des dommages et intérêts à l'autre partie. Peut-on aller plus loin et considérer que la mauvaise foi du créancier serait à même de paralyser en tout ou partie sa créance, mettant ainsi à bas la loi du contrat et, partant, l'application de l'article 1134, alinéa 1^{er}, du code civil ? En d'autres termes, le créancier de mauvaise foi peut-il être déchu de l'avantage qu'il attendait ?

2- L'absence d'atteinte à la substance de la créance

Un arrêt important rendu le 10 juillet 2007 par la chambre commerciale de la Cour de cassation décide que « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* ». Ainsi, cette décision semble aller à contre-courant de la jurisprudence qui admettait auparavant une résolution fondée sur la mauvaise foi d'une partie. En effet, si elle ne semble pas remettre en cause la paralysie des prérogatives que le créancier de mauvaise foi tient d'une clause du contrat, la Cour décide, cependant, en substance que quelle que soit sa bonne ou mauvaise foi, sa loyauté ou sa déloyauté, un contractant bénéficie toujours de l'assurance de pouvoir

poursuivre l'exécution de sa créance. En d'autres termes, ce qui a pu être dénommé « *le cœur du contrat* » (ce qui correspond peu ou prou au *bargain* anglo-saxon) est « *intouchable* », selon l'expression du Professeur *Stoffel-Munck*.

On le voit, l'extension de l'exigence d'exécution de bonne foi se fait de façon nuancée : s'il est vrai que l'égoïsme contractuel recule, et avec lui les droits discrétionnaires, le contrôle de cette exigence de bonne foi n'est pas subversif au point de remettre en cause la force obligatoire du contrat. En d'autres termes, l'obligation de comportement que constitue la bonne foi ne peut pas remettre en cause l'ensemble des obligations économiques. Cependant, et précisément, si l'on admet que la bonne foi renvoie à un devoir de comportement, pourquoi le cantonner à la phase d'exécution ? Cela explique l'émergence avérée d'un devoir de contracter de bonne foi : la bonne foi saisie non plus pendant mais avant le contrat...

II. L'émergence avérée d'un devoir de contracter de bonne foi

Alors que l'article 1134 alinéa 3 du Code civil ne mentionne pas l'exigence de contracter de bonne foi, la jurisprudence a progressivement pallié cette lacune en précisant les liens entre bonne foi et faute délictuelle, faisant ainsi apparaître la bonne foi comme un devoir de comportement qui se manifeste notamment *avant* le contrat (A). Ce devoir de comportement renvoie d'ailleurs à la projection, dans la matière contractuelle, de la bonne foi commune, au sens du droit des biens, c'est-à-dire l'ignorance légitime. Il revient aussi aujourd'hui à la jurisprudence de préciser la sanction de la mauvaise foi sur le terrain de la responsabilité délictuelle (B).

A- Les liens entre cette bonne foi et la faute délictuelle

La bonne foi lors de la formation du contrat a longtemps été prise en compte sur le terrain du dol, qui est à la fois un vice du consentement et un délit civil (1). Depuis 1980 environ, la jurisprudence lui reconnaît une existence autonome, ce qui met clairement au jour l'existence d'un devoir général de bonne foi sanctionné comme une faute délictuelle (2)

1- L'émergence de la bonne foi sur le terrain du dol

À l'origine, c'est par l'intermédiaire de la sanction du dol, dont le domaine fut audacieusement étendu à la réticence dolosive, que les juges justifèrent les condamnations. Mais, pour être caractérisée, la réticence dolosive suppose établie au préalable l'existence d'une obligation de renseignement à la charge de la partie qui s'est intentionnellement tue pour tromper l'autre, alors qu'elle aurait dû l'informer. Or, tel n'est pas le cas de l'acquéreur qui n'a pas, selon la Cour de cassation, l'obligation d'informer le vendeur sur la valeur de la chose (Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, *Baldus*). Pourtant, on vit apparaître dès les années 80, dans les motivations des arrêts, l'idée de bonne foi. Le devoir de contracter de bonne foi vint inspirer les condamnations pour dol par réticence, jusqu'à les fonder. En effet, alors que, dans un premier temps, la Cour de cassation décidait que la réticence dolosive constitue un manquement à une obligation de contracter de bonne foi (Com. 8 novembre 1983), elle fit par la suite découler le dol du manquement au devoir de loyauté (Civ. 1^{re}, 10 mai 1989 : « *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 débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution l'incitant ainsi à s'engager* »). La Cour de cassation concéda ainsi au devoir de contracter de bonne foi une certaine autonomie, se traduisant par une dénaturation du dol par réticence. En effet, celui-ci tend à devenir davantage la sanction d'une déloyauté que de l'altération du consentement de l'une des parties (Civ. 3^e, 21 février 2001). Toutefois, la chambre commerciale réaffirma en 2005 que « *le manquement à une obligation*

précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci » (Com. 28 juin 2005).

2- La reconnaissance autonome de la bonne foi comme un devoir général de comportement

La jurisprudence a progressivement confirmé l'autonomie de l'obligation de contracter de bonne foi. En effet, abandonnant totalement le détour par le dol, la Cour de cassation a affirmé l'existence de l'obligation de contracter de bonne foi pour en déduire une obligation précontractuelle de renseignement, sorte de dérivé moderne du dol. Ainsi, peu importe l'inexistence d'une obligation précontractuelle spécifique d'information et de manœuvres dolosives ; le devoir de contracter de bonne foi impose de révéler un certain nombre d'informations à son partenaire en fonction des circonstances (Civ. 1^{re}, 16 mai 1995). L'abandon de la référence au dol assouplit considérablement les conditions de mise en œuvre de la responsabilité du débiteur, tout en conférant une importance accrue à la bonne foi qui vise à instaurer une confiance dans la formation du contrat. Chaque partenaire est spontanément débiteur d'une obligation précontractuelle d'information qui constitue maintenant une exigence de transparence qui oblige chacun des négociateurs à informer l'autre de tous les éléments propres à l'éclairer dans sa prise de décision. Parallèlement, le législateur a lui-même adopté cette voie en promouvant l'obligation d'information dans les rapports entre professionnels et consommateurs, tout en n'excluant plus les autres rapports, en attendant, peut-être sa généralisation. Ainsi, entre professionnel et consommateur, l'obligation d'information, bras armé de la protection de celui-ci, a été gravée dans les termes les plus généraux au frontispice du code de la consommation (articles L. 111-1 et L. 113-3 du Code de la consommation), tandis qu'une multitude de textes particuliers la décline sous toutes ses formes : remise préalable de documents (article L. 134-1), mentions obligatoires contenues dans l'acte ou dans une annexe à l'acte (pour le démarchage, article L. 121-23 ; pour le crédit à la consommation, article L. 311-23, etc.), modèle type, etc. Mais l'obligation d'information a largement dépassé ce cadre naturel des relations entre professionnel et consommateur, témoignant de l'expansion des techniques consuméristes hors de leur champ de compétence dès lors que nombreuses sont les obligations d'information qui s'appliquent à tout contractant sans égard pour leurs qualités. Depuis longtemps, le décret-loi du 29 juin 1935 (article L. 141-1 du Code de commerce) oblige le cédant d'un fonds de commerce à délivrer à l'acquéreur un certain nombre d'informations concernant, par exemple, le chiffre d'affaires du fonds, l'état des sûretés le grevant, etc. Plus récemment, c'est l'aggravation de l'information du vendeur d'immeuble qui a pu être constatée.

Alors qu'un arrêt controversé du 14 septembre 2005 affirme que « *l'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels, et ceux-ci cessent lorsque la condition suspensive auxquels ils étaient soumis a défailli.* », d'autres décisions, plus convaincantes, la font rayonner avant le contrat. Ainsi, **la première chambre civile, le 15 mars 2005**, a-t-elle sanctionné la méconnaissance de l'obligation de contracter de bonne foi sur le fondement de l'article 1382 du code civil. Elle abandonne sa référence habituelle à l'article 1134 du même code. Le traitement du manquement à l'obligation de contracter de bonne foi se trouve ainsi placé sur le terrain de la faute délictuelle et quitte la sphère du contrat. Or une telle faute délictuelle se caractérise par la violation d'une règle de conduite édictée par la loi ou affirmée par la jurisprudence, et qui s'impose à toute personne se trouvant dans une situation donnée. Ainsi, la motivation de la Cour de cassation trouve sans aucun doute son explication dans la volonté d'ériger la bonne foi en norme générale de comportement, s'imposant à chacun, indépendamment de sa qualité de contractant. L'exigence de bonne foi ne naît pas du contrat, mais continue seulement à peser sur le comportement des particuliers, dans les phases de préparation, d'exécution et d'extinction du contrat. La bonne foi sanctionne avant tout un comportement fautif, peu importe à quel moment de la relation contractuelle il intervient.

En définitive, l'obligation de contracter de bonne foi est bien plus un devoir contractuel dont la fonction consiste à permettre aux obligations contractuelles de remplir la finalité qui est la leur. Le devoir de contracter de bonne foi imprègne ainsi toute la période antérieure à la conclusion définitive du contrat et se décline en de nombreux impératifs. Elle prescrit aux parties d'échanger toutes les informations relatives au contenu de l'accord projeté afin d'éclairer le consentement éventuel du créancier pour qu'il conclue un contrat correspondant exactement à ses besoins. Elle oblige également à ne pas commettre un abus du droit de rompre les pourparlers, et à conserver, tout au long des négociations, un comportement exempt de toute hypocrisie ou incohérence.

Par l'arrêt de la première Chambre civile du 15 mars 2005, la Cour de cassation affirme sans ambiguïté l'existence d'un principe général de bonne foi dans la phase préparatoire du contrat. Alors qu'elle pourrait paraître largement acquise, cette solution n'en reste pas moins originale. Cette originalité tient au fait que l'obligation de contracter de bonne foi est appréciée de manière autonome, indépendamment du dol ou de l'obligation d'information. De surcroît, la Cour de cassation achève son raisonnement en asseyant l'obligation de contracter de bonne foi sur l'article 1382 du code civil, ce qui invite à préciser la sanction de la bonne foi sur le terrain de la responsabilité délictuelle.

B- La sanction de la bonne foi par la responsabilité délictuelle

La qualification de faute délictuelle emporte de nombreuses conséquences pratiques. La mise en oeuvre de l'article 1382 du code civil poursuit un objectif indemnitaire et permet l'allocation de dommages-intérêts. La violation de la bonne foi constitue une cause de responsabilité. L'auteur de la faute a, en effet, manqué à son devoir général de bonne conduite et de garantie des intérêts de son partenaire. L'exécution utile du contrat se trouve assurée par une intervention moralisante dans la phase préparatoire de l'accord. L'accent est mis sur le comportement d'une partie, et non sur le contenu de la convention : il importe dès lors de vérifier la consistance de la faute (1) et celle du préjudice (2).

1- La consistance de la faute

Au stade des négociations, le devoir de loyauté se révèle surtout à l'occasion de leur rupture, intervenue abusivement. En vertu du principe de la liberté contractuelle, les négociateurs doivent conserver la liberté de ne pas contracter et donc de rompre les pourparlers (Civ. 3^e, 28 juin 2006). Ce n'est que lorsqu'il y a abus de la liberté de rompre les pourparlers que la responsabilité de celui qui a pris l'initiative de la rupture peut être engagée dès lors que son partenaire en subit un préjudice. Or, il en va ainsi, non seulement lorsque l'auteur de la rupture est animé d'une intention du nuire (Civ. 1^{re}, 1^{er} avril 1976), mais aussi lorsqu'il agit avec mauvaise foi, voire lorsqu'il commet une simple faute, ce que la Cour de cassation admet depuis longtemps (Civ. 3^e, 3 octobre 1972). Celle-ci réside alors dans les circonstances qui l'entourent (**Com. 26 novembre 2003** visant la « faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ») ou dans l'attitude de son auteur au cours des négociations (**Civ. 3^e, 28 juin 2006**), mais non dans la rupture elle-même, qui demeure libre. Si les circonstances permettant aux juges de conclure à l'existence d'une faute sont souvent entremêlées, il est tout d'abord possible de relever que certaines d'entre elles concernent la manière dont la rupture s'est déroulée, qu'il s'agisse de sa brutalité (Com. 20 mars 1972), de sa soudaineté, de sa tardiveté (Civ. 1^{re}, 6 janv. 1998), de la publicité qui lui est donnée, ou encore, du comportement vexatoire ou déloyal de l'auteur de la rupture. Sont également prises en considération pour apprécier le caractère abusif ou non de la rupture, les circonstances tenant aux pourparlers eux-mêmes, tel l'état d'avancement des négociations (Com. 7 janv. 1997). En d'autres termes, plus les pourparlers étaient avancés, plus les juges ont tendance à considérer que la rupture est fautive, surtout si l'auteur de la rupture a entretenu la croyance de son partenaire en la conclusion prochaine d'un contrat (Com. 31 mars 1992 : « La mauvaise foi consiste à mettre fin, dans des conditions dommageables, aux pourparlers, après avoir fait croire à son

partenaire que l'on allait conclure le contrat »), ou l'a laissé engager des frais (Com. 20 mars 1972). A contrario, lorsque les négociations sont demeurées à un stade peu avancé, si bien que les partenaires n'avaient pu espérer la conclusion du contrat, aucune faute ne peut être retenue (Com. 12 janv. 1999). Enfin, la qualité des parties semble être prise en compte pour qualifier d'abusives la rupture des pourparlers. Sans doute, la faute commise dans la rupture ne doit pas pour autant être qualifiée. Mais le modèle de comparaison change, si bien que la diligence devra être plus grande, tant lorsque le professionnel est l'auteur de la rupture que lorsqu'il en est la victime. Il en résulte notamment que, dans ce dernier cas, son impéritie sera plus facilement qualifiée de faute. Par exemple, la faute de la victime de la rupture a pu être retenue parce qu'elle avait engagé, « sur les exhortations du seul client [potentiel], des investissements ne pouvant que la conduire au dépôt de bilan en cas de défaillance de celui-ci (Com. 15 oct. 2002). Reste toutefois à savoir si une rupture sans motif ou pour un motif illégitime est nécessairement abusive ? Il est certain que la nécessité d'avancer un motif pour mettre fin aux pourparlers limiterait considérablement la liberté des partenaires aux négociations, par ailleurs affirmée. En effet, à défaut de motif ou s'il est illégitime, la rupture sera abusive et donc susceptible d'engager la responsabilité de son auteur. Pourtant, nombre de décisions s'appuient sur cette circonstance pour qualifier ou non la rupture de fautive. En effet, la faute est souvent caractérisée par l'absence ou l'illégitimité des motifs (Com. 7 avril 1998). A contrario, une rupture ne semble pas pouvoir être fautive lorsqu'elle est justifiée par une « raison légitime », quand bien même elle serait tardive (Com. 20 novembre 2007). Ce contrôle des motifs s'accorde pourtant mal avec le refus d'indemniser la perte d'une chance énoncé par la jurisprudence *Manoukian* (Com. 26 novembre 2003.). C'est déjà aborder la consistance du préjudice.

2- La consistance du préjudice

En effet, il serait peu cohérent d'exclure l'indemnisation de la perte de chance de conclure le contrat négocié au motif que la décision de rompre ne constitue jamais une faute et d'apprécier dans le même temps la faute dans la rupture des pourparlers à l'aune des motifs invoqués par l'auteur de la rupture (Civile 3^{ème} 28 juin 2006). Du reste, la loi prohibe expressément la rupture brutale, même partielle, d'une relation commerciale « établie », « sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels » (C. com., art. L. 442-6, I, 5). Cette disposition n'est pas subordonnée à l'existence d'un état de dépendance économique de la victime (Com. 17 mars 2004). Mais celle-ci peut être prise en compte (Com. 3 décembre 2002). La responsabilité de son auteur est délictuelle (la précision qu'il s'agit d'une responsabilité délictuelle, et non d'une défaillance contractuelle, a été apportée pour la première fois par Com. 6 février 2007). Pour apprécier la durée du préavis, les juges tiennent compte de plusieurs critères, le principal étant l'ancienneté des relations commerciales. La créance d'indemnisation n'intéresse ici encore que le préjudice résultant du caractère brutal de la rupture et non celui découlant de la rupture elle-même. Traditionnellement, pour évaluer le préjudice résultant de la brutalité de la rupture, on se réfère à la marge brute qui aurait pu être réalisée au cours du préavis s'il avait été respecté.

Conclusion : Il ne fait plus de doute que la bonne foi joue un rôle à tous les stades de la vie du contrat : formation, exécution, circulation, extinction, et de toutes les manières : obligations d'information, de coopération, de confidentialité, de donner un préavis, de faire en sorte que ce préavis ait une durée raisonnable, de motiver (ou de ne pas motiver), et à quelques exceptions circonstanciées près, aucun excès grave n'est à déplorer. Le fournisseur n'est toujours pas tenu d'assurer la reconversion du distributeur (Com 6 mai 2002), l'acheteur n'est

toujours pas tenu d'informer le vendeur (Civile 1^{ère} 3 mai 2000), réservant son droit de réaliser une bonne affaire, etc. Le juge, les avocats, la doctrine ont su éviter de faire des articles 1134 alinéa 3 et 1135 des « machines à faire sauter le contrat », et sa mise au jour au titre d'une faute délictuelle est somme toute logique. Ainsi, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, dit projet *Catala*, comporte-t-il un article 1104, aux termes duquel : « *L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». Du reste, appréhender la bonne foi comme un devoir extérieur au contrat, de nature délictuelle, légitime d'autant mieux la survie du devoir de bonne foi malgré la disparition des liens contractuels. Avant, pendant, comme après le contrat, un certain degré de civilité est requis...