

Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois*

Pascal ANCEL**

Résumé

La question des sanctions de l'inexécution du devoir de bonne foi contractuelle, qui a fait l'objet en France d'une importante évolution jurisprudentielle, reçoit un nouvel éclairage à la lumière du droit québécois. La comparaison permet d'abord de révéler les potentialités de la consécration d'un principe général de bonne foi pour sanctionner les manquements intervenant au stade de la formation du contrat. Elle permet en outre de mieux cerner les différences entre une approche substantielle et une approche processuelle des sanctions des manquements à la bonne foi dans l'exécution du contrat.

Abstract

The issue of the sanctions to a breach of the duty of good faith in a contract has given rise to new developments in French case law. The comparison with Quebec law throws a new light on this issue. First, it reveals the potentialities of recognizing a general principle of good faith to sanction breaches to this principle during the formation of the contract. It also helps defining with more accuracy the differences between a substantial and a procedural approach to the sanctions of a breach of good faith in the performance of the contract.

* Cet article trouve son origine dans une conférence prononcée le 11 mars 2010 dans le cadre des activités de la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil de l'Université de Montréal. Cette conférence reprenait elle-même, en leur donnant un nouvel éclairage à la lumière du droit québécois, les idées développées plus longuement dans un article paru dans les *Mélanges en hommage à Daniel Tricot*, Paris, Dalloz-Sirey/Litec, 2011, p. 61 et suiv.

** Professeur à la Faculté de droit de l'Université Jean Monnet de Saint-Étienne, Membre du Centre de Recherches Critiques sur le Droit.



Plan de l'article

I. Le manquement à la bonne foi, générateur des sanctions de la violation d'une obligation ou d'un devoir contractuel.....	96
A. Dans la période de formation du contrat	96
B. Dans la période d'exécution du contrat.....	100
II. Le manquement à la bonne foi, source d'une interdiction de se prévaloir du contrat.....	105
A. L'approche du droit français.....	106
B. L'éclairage du droit québécois	110



Depuis une trentaine d'années maintenant, l'exigence de bonne foi dans le cadre des relations contractuelles a connu, en droit français, un développement considérable, qui fait écho – quoique de manière affaiblie – à sa place dans les autres droits d'Europe continentale et dans les actuels projets d'un droit européen des contrats harmonisé. Ce développement ne s'est jusque-là pas traduit dans les textes : le Code civil de 1804, on le sait, ne pose cette exigence de bonne foi, dans l'article 1134 al. 3, qu'à propos de l'exécution du contrat et, jusqu'à une période relativement récente, cet alinéa était un texte dormant, qui n'était pratiquement jamais invoqué devant les tribunaux, et qui paraissait sans grande portée¹. Mais, d'une part, à partir des années 1970, ce texte a fait l'objet d'une véritable redécouverte, en jurisprudence et en doctrine, et il constitue aujourd'hui un élément central des effets du contrat. D'autre part, la Cour de cassation française n'a pas hésité à en étendre l'application au stade de la formation du contrat, sans toutefois aller jusqu'à en faire un principe général, sur le modèle de l'article 1375 du *Code civil du Québec*, dont on trouve l'équivalent dans certains droits ou projets européens. Le pas sera peut-être franchi à l'occasion de la réforme attendue du droit des contrats, si celle-ci voit effectivement le jour : en juillet 2008, a été diffusé un projet du ministère de la Justice, dans lequel l'exigence de bonne foi apparaissait comme un des « principes directeurs » du droit des contrats, sur le même plan que la liberté contractuelle et la force obligatoire². Cet aspect du projet, cependant, est un de ceux qui a suscité le plus d'oppositions, et il n'est pas sûr que, même si les articles 1101 et suivants du Code civil sont effectivement réformés, on y retrouvera la bonne foi comme principe général : l'idée de la bonne foi comme principe directeur a du reste disparu de la version modifiée du projet de la Chancellerie diffusée officieusement en mai 2009³.

¹ Ainsi, dans la 8^e édition (1975) de son manuel de droit civil, où l'expression « bonne foi » n'apparaît même pas dans l'index, Carbonnier notait encore : « En France, il est très rare que les tribunaux fassent appel à cette notion, au point qu'on a pu la considérer comme inutile. » (Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 8^e éd., 1975, n° 51, p. 172.) À comparer, cependant, au texte suivant, publié à la même époque : Alex WEILL et François TERRÉ, *Droit civil. Les obligations*, 2^e éd., Paris, Précis Dalloz, 1975, qui traitent déjà, à la rubrique « Exécution de bonne foi des conventions », de « l'obligation de loyauté » et du « devoir de coopération » (n° 355 et suiv., p. 382 et suiv.).

² Pour une présentation générale de ce projet, voir Denis MAZEAUD, « La réforme du droit français des contrats », (2010) 44 *R.J.T.* 243.

³ Les projets doctrinaux français publiés ces dernières années adoptent là-dessus des positions divergentes : alors que l'avant-projet de révision du droit des obligations et de la prescription (projet Catala) énonce tout en reconnaissant le rôle de la bonne foi au

La montée du rôle de la bonne foi dans le droit français des contrats a en effet suscité, au sein de la doctrine française, de multiples controverses, qui ont principalement opposé les tenants de la doctrine solidariste, lesquels – bien qu’avec de multiples nuances – voient dans le contrat, dans la lignée de Demogue, cette « petite société » où les partenaires sont censés se comporter « fraternellement »⁴, et les auteurs, toujours très nombreux, attachés à une conception libérale du contrat, qui craignent que la consécration d’un tel principe n’aboutisse à renforcer l’interventionnisme judiciaire et à compromettre la sécurité de l’outil contractuel⁵. Ces controverses, qui gagneraient sans doute à être davantage nourries de droit comparé, ont cependant contribué à concentrer l’attention de la plupart des auteurs sur le domaine et le contenu de l’exigence de bonne foi, l’essentiel de la littérature consistant à dérouler – plus ou moins loin – le tapis des très nombreux devoirs ou « obligations » (je reviendrai sur l’emploi de ce terme), auxquels sont tenus les parties : loyauté, coopération, tolérance, cohérence, patience, sincérité, honnêteté, persévérance, entre autres⁶. La doctrine française s’est en revanche nettement moins intéressée à la question – à première vue plus technique – des sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle : que peut-il arriver au contractant qui s’est montré déloyal, incohérent, malhonnête vis-à-vis de son partenaire ? Quelles peuvent être les conséquences sur le contrat et sur les obligations qui en naissent ? Quels sont les pouvoirs du juge devant lequel on établit un manquement à la bonne foi ? Ces questions – importantes – sont sans doute abordées, de manière partielle, dans le cadre de quelques remarquables monographies consacrées à

stade de la formation du contrat, n’en fait pas une règle générale, le projet élaboré sous la direction de François Terré (*Pour une réforme du droit des contrats*, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2008) affirme d’une manière liminaire les exigences de loyauté et de cohérence.

⁴ Voir, notamment : Christophe JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001 ; Denis MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », dans *Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999.

⁵ Voir, par exemple, en réaction au projet de réforme du droit des contrats émanant de la Chancellerie : Alain GHOZI et Yves LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats : Brèves observations sur le projet de la Chancellerie », D. 2008.7.2609 ; Rémy CABRILLAC, « Le projet de réforme du droit des contrats », J.C.P. 2008.I.190 avec la réponse de Denis MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : haro en Hérault sur le projet », D. 2008.2675.

⁶ Voir, par exemple : Philippe LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2008 n° 3694-1 s ; Bertrand FAGES, *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1997.

tel ou tel aspect de la bonne foi ou de telle ou telle sanction contractuelle⁷, elles sont rarement traitées de manière générale et synthétique par les auteurs de traités et manuels. Là-dessus, la relative indifférence de la doctrine française contraste avec l'intérêt qu'ont porté à la question certains auteurs québécois⁸.

L'occasion d'aborder de front cette question a cependant été donnée à la doctrine française à la suite d'un arrêt très remarqué rendu le 10 juillet 2007 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, qui vise, selon le communiqué qui l'accompagne, à « préciser la portée des pouvoirs reconnus au juge en matière de sanction de la mauvaise foi contractuelle »⁹. Dans cet arrêt, la Cour casse un arrêt qui avait repoussé la demande en garantie de passif social formée par un cessionnaire ancien dirigeant de la société, alors que ce dernier pouvait être considéré comme en partie responsable des irrégularités fiscales ayant donné lieu à redressement et donc accru le passif. La Cour de cassation estime en effet 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* ». Cette distinction très doctrinale, qui vient d'être

⁷ Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 2000, n° 252 et suiv., p. 277 et suiv.; Dimitri HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2001; *adde* du même auteur sur les sanctions de l'incohérence du comportement: « Quelle sanction pour la contradiction? », R.L.D.C. 2005.18.1; Thomas Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, L.G.D.J., 2007.

⁸ Voir, notamment: Didier LUELLES, « La bonne foi dans l'exécution du contrat et la problématique des sanctions », (2004) 82 *R. du B. can.* 181; Vincent KARIM « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 C.c.Q.: portée et sanction », (2000) 41 *C. de D.* 435; *adde*, pour la phase de formation du contrat: Marie Annik GRÉGOIRE, « Les sanctions de l'obligation de bonne foi lors de la formation et l'élaboration du contrat », (2002) 104 *R. du N.* 173, qui note cependant que si « plusieurs auteurs se sont penchés sur le contenu de cette obligation », « peu se prononcent sur les sanctions applicables en cas de violation de cette obligation ».

⁹ Com. 10 juil. 2007, n° 06-14768, *Bull. civ.* IV, n° 188; D. 2007.2839, note Ph. Stoffel-Munck, 2844, note Gautier, 2972, note B. Fauvarque-Cosson; *Defrénois* 2007.1454, obs. É. Savaux; JCP G 2007.II.10154, note D. Houtcicff; R.D.C. 2007.1107, obs. L. Aynès, et 1110, obs. D. Mazeaud; R.L.D.C. 2008.46.6, note P. Delebecque; JCP E 2007.2394, obs. D. Mainguy et J.L. Respaud; *RTD civ.* 2007.773, obs. B. Fages. L'arrêt est également commenté par Yves Lequette dans « Les grands arrêts de la jurisprudence civile », 12^e éd., t. 2, Paris, Dalloz, 2008, n° 164.

récemment reprise par la Troisième chambre civile de la Cour de cassation¹⁰, est directement empruntée au manuel de droit des obligations de MM. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck¹¹, auxquels, du reste, la Cour se réfère explicitement dans le communiqué qui accompagne l'arrêt. Cependant, dans ce même communiqué, il est dit aussi que la distinction entre la « sanction de l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle » et « la substance même des droits et obligations » « *rejoint, d'une certaine manière, la distinction parfois faite en doctrine entre la force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat* », avec référence à l'article que j'ai moi-même publié sur le sujet¹². Même si je suis naturellement très sensible à l'honneur que me fait la Cour de cassation en me citant comme source doctrinale, je dois avouer que j'ai quelque mal à comprendre le lien entre les deux distinctions. Je dois très rapidement rappeler ici que, ce que j'ai voulu montrer dans l'article en question, c'est que la force obligatoire d'un contrat ne se ramène pas à l'idée que le contrat crée des obligations, des rapports entre un ou plusieurs créanciers et un ou plusieurs débiteurs ; elle signifie que le contrat est, pour les parties au moins, une norme qui leur sert de référence et qui sert de référence au juge chargé de trancher les litiges entre les parties. Cet effet normatif ou normateur du contrat joue même pour les aspects non obligationnels du contrat, mais on en reconnaît également les conséquences à l'arrière-plan des effets obligationnels (qui constituent sans doute le contenu principal des normes contractuelles). La distinction devrait paraître plus évidente aux juristes québécois, qui connaissent depuis longtemps la notion de « contenu obligationnel »¹³, et qui travaillent avec un code reconnaissant explicitement la possibilité pour le contrat d'avoir

¹⁰ Civ. 3^e, 9 déc. 2009, n° 04-19923, R.D.C. 2010.561, avec les observations divergentes de Y.M. Laithier et de D. Mazeaud. L'arrêt censure une Cour d'appel qui avait refusé de faire jouer une clause d'un bail commercial ne permettant la cession du bail qu'au seul acquéreur du fonds de commerce, alors que le bailleur était lui-même pour quelque chose dans l'absence de création d'un fonds dans les locaux loués. L'arrêt complète la formule de 2007 en ajoutant que l'exigence de bonne foi ne permet pas non plus au juge de « s'affranchir des dispositions impératives du statut des baux commerciaux ».

¹¹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2007, n° 764, p. 385.

¹² Pascal ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999.772.

¹³ Paul-André CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can.* 1.

d'autres effets que la création d'obligations¹⁴. Mais, de prime abord, cette distinction ne paraît guère se superposer avec celle que fait la Cour de cassation française au sujet des sanctions de la bonne foi, dès lors que les « prérogatives contractuelles » dont le juge peut sanctionner l'usage relèvent tout autant du contenu obligationnel que la « substance des droits et obligations » auxquels il ne peut pas porter atteinte, et que, à l'inverse, le fait de sanctionner l'usage des prérogatives porte déjà atteinte à la « force obligatoire », même si cette atteinte paraît moins grave que celle qui consisterait à priver le contractant de mauvaise foi de ses droits contractuels.

Cependant, même si elle ne coïncide pas avec celle que pose la Cour de cassation, la distinction entre la force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat peut constituer une grille de lecture pertinente pour rendre compte de la diversité des sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle, tout au moins en droit français. Si on regarde, à travers la jurisprudence pléthorique, les diverses conséquences qui peuvent être tirées par un juge du manquement à la bonne foi dans la formation ou dans l'exécution d'un contrat, on s'aperçoit que, dans la plupart des cas, ces sanctions s'inscrivent dans une logique obligationnelle : l'exigence de bonne foi est traitée comme une obligation (ou, au moins, comme un devoir), ou comme une source d'obligations ou de devoirs à contenu plus spécifique, et celui qui y a manqué encourra les sanctions qui s'attachent ordinairement à l'inexécution des obligations contractuelles. Le manquement à la bonne foi sera au minimum une source de responsabilité, parfois, s'il s'agit de la bonne foi dans l'exécution du contrat, de résolution du contrat. Mais, dans un certain nombre de cas, la sanction frappera en quelque sorte plus profondément, elle aboutit à empêcher le contractant de mauvaise foi de se prévaloir du contrat ou de la clause contractuelle, sans passer par le détour de la formulation d'une obligation ou même d'un devoir auquel serait assujetti le contractant déloyal ou malhonnête : en droit français, on peut y voir une sorte de modulation de la force obligatoire, ce qui conduit assez logiquement à en limiter la portée. Il est cependant intéressant de reconsidérer ces deux catégories de sanctions à la lumière du droit québécois. Si on y retrouve une approche obligationnelle assez largement convergente avec celle du droit français (I), l'interdiction faite au contractant de mauvaise foi, également admise, me semble y relever d'une autre logique,

¹⁴ Art. 1433 C.c.Q. selon lequel un contrat peut aussi modifier ou éteindre des obligations préexistantes, ainsi que, dans certains cas constituer, transférer, modifier ou éteindre des droits réels.

plus procédurale et moins directement liée au contenu de la force obligatoire du contrat (II).

I. Le manquement à la bonne foi, générateur des sanctions de la violation d'une obligation ou d'un devoir contractuel

Je parle ici d'obligation ou de devoir parce que les exigences comportementales liées à la bonne foi paraissent être à la frontière entre ces deux notions, qu'il est du reste bien difficile de distinguer avec précision. Dans une vue approximative des choses, les devoirs paraissent avoir un contenu plus général, plus flou, moins précis que les obligations *stricto sensu*; surtout, alors que l'obligation relie deux personnes déterminées, un créancier et un débiteur, entre lesquels existe une relation préétablie, les devoirs, qui correspondent à des règles de conduite générales de la vie en société, s'imposent *a priori* à toute personne, et envers quiconque avec qui elle peut entrer en relation. De prime abord, de ces deux points de vue, les exigences relatives à la bonne foi, exigences à contenu largement indéterminé et qui pèsent sur toute personne, semblent plutôt rentrer dans la catégorie des devoirs généraux de la vie en société¹⁵. Une étude attentive des sanctions de leur inobservation dans les relations entre partenaires contractuels montre cependant qu'elles tendent à se cristalliser en de véritables obligations. En droit français, plus nettement qu'en droit québécois, cela s'observe déjà dans le cadre de la période de formation du contrat (A), mais cela est évidemment beaucoup plus net dans la phase d'exécution du contrat (B).

A. Dans la période de formation du contrat

Le manquement à la bonne foi dans le cadre de la période de formation du contrat relève essentiellement, en droit français, du droit commun de la responsabilité civile.

C'est très clair lorsque ce manquement a empêché la formation du contrat : c'est aujourd'hui à l'exigence de bonne foi qu'on rattache la responsabilité encourue par l'un des partenaires à la négociation contractuelle en cas de rupture abusive des pourparlers. Et cette référence à la bonne foi

¹⁵ C'est notamment la conception qui sert de base à la thèse de Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 2000, n° 272 et suiv.

se retrouve dans les différents projets et avant-projets français et européens de droit des contrats. Ainsi, dans l'avant-projet rédigé sous la direction de Pierre Catala, l'article 1104 dispose : « *L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi. L'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des parties* ».

On y retrouve assez clairement l'écho de l'article 2:301 des Principes du droit européen des contrats (élaborés par la commission Lando) et de l'article 2:1:15 des Principes UNIDROIT. L'important pour mon propos est de noter que, dans cette hypothèse, la responsabilité encourue par celui qui manque à la bonne foi dans la conduite des pourparlers et qui, ce faisant, conduit à leur échec, est sans discussion une responsabilité délictuelle – comme le dispose expressément l'article 20 du projet de réforme diffusé par la Chancellerie en 2008. La solution s'impose de la même manière en droit québécois¹⁶. On est ici dans la logique du manquement à un devoir social, qui est celle de l'article 1382 du Code civil – ou de l'article 1457 du *Code civil du Québec*. Les choses sont en revanche plus compliquées lorsque le manquement à la bonne foi, intervenant dans le cadre de la période de formation du contrat, n'a pas empêché la conclusion de l'accord, dont il a cependant faussé l'appréhension par le contractant victime. Deux points méritent ici d'être soulignés, qui révèlent certaines divergences entre le droit français et le droit québécois.

Une première question est celle des interférences possibles entre les sanctions du manquement à la bonne foi et le jeu des vices du consentement. Depuis la fin des années 1980, la Cour de cassation française rattache ainsi à l'exigence de bonne foi dans la formation du contrat l'obligation pesant sur le banquier d'informer la caution sur la situation financière du débiteur principal, et s'en sert pour caractériser le dol par réticence entraînant la nullité du contrat si cette information n'a pas été délivrée. C'est du reste cette jurisprudence qui a été l'occasion pour la Cour de cassation d'étendre l'article 1134 al. 3 en dehors de son champ d'application initial¹⁷.

¹⁶ Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd. par P.-G. JOBIN avec la collab. de Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n° 103 ; *contra* : V. KARIM, préc., note 8, 459 et 460, qui estime que l'article 1375 aboutit à consacrer l'idée d'une *culpa in contrahendo*, les parties aux négociations concluant implicitement un avant-contrat les obligeant à négocier de bonne foi.

¹⁷ La première mention de l'« obligation de contracter de bonne foi » semble se trouver dans l'arrêt suivant : Civ. 1^{re}, 21 janv. 1981, n° 79-15443, *Bull.civ.* I, n° 25. Le rattache-

Cependant – et j’aurai l’occasion d’y revenir – la nullité du contrat n’est pas ici la conséquence directe du manquement à la bonne foi, qui ne sert qu’à caractériser la réticence dolosive justiciable de l’article 1116 du Code civil. La Cour de cassation n’est pas allée jusqu’à faire du manquement à la bonne foi une cause générale de nullité du contrat, qui viendrait en quelque sorte doubler les trois vices du consentement soumis à des conditions particulières¹⁸. Jusqu’à maintenant, même dans ce contexte, la seule sanction directe de la violation du devoir de bonne foi reste la responsabilité civile qui peut s’ajouter à la nullité du contrat¹⁹. La situation est beaucoup moins nette en droit québécois où certains auteurs soutiennent qu’on pourrait voir, dans le manquement à l’exigence générale de bonne foi proclamée par l’article 1375 C.c.Q., une cause autonome de nullité lorsque les conditions strictes de l’un des vices du consentement ne sont pas réunies²⁰. Cette idée est consacrée dans certaines décisions²¹, mais la jurisprudence québécoise est assez ambiguë, car c’est souvent plutôt en utilisant la technique de la fin de non-recevoir – sur laquelle on reviendra

ment à l’article 1134 al. 3 apparaît dans : Com. 8 nov. 1983, n° 82-10493, *Bull. civ.* IV, n° 298.

¹⁸ Voir, cependant : Civ. 1^{re}, 16 mai 1995, n° 92-20976, J.C.P. 1996.II.22736, note F.X. Lucas, qui avait semblé faire du manquement à l’obligation de bonne foi un fondement autonome à la nullité d’un contrat de cautionnement dans une hypothèse où le créancier avait dissimulé à la caution la situation d’insolvabilité du débiteur. Mais cet arrêt, non destiné à la publication, est resté isolé, et, dans ce type d’hypothèses, c’est sur le fondement du dol par réticence que la jurisprudence admet la nullité du cautionnement, en exigeant la preuve du caractère intentionnel de la réticence (voir par exemple, récemment : Com. 12 janv. 2010, n° 08-16812).

¹⁹ L’obligation de bonne foi peut cependant être utilisée pour neutraliser une clause par laquelle une caution avait déclaré être parfaitement informée de la solvabilité du débiteur – clause qui, prise à la lettre, aurait pu empêcher l’annulation pour dol – alors que le créancier savait parfaitement que cette déclaration ne correspondait pas à la réalité : Civ. 1^{re}, 13 mai 2003, D. 2004.161, note E. Mazuyer.

²⁰ Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation des contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 58 et suiv. et 217 et suiv. ; Marie Annik GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l’élaboration du contrat*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 59 et suiv. ; M.A. GRÉGOIRE, préc., note 8, 221 et suiv. ; *contra* : Didier LUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n° 920.

²¹ *Walsh et Brais Inc. c. Montréal (Communauté urbaine)*, REJB 2001-26439, par. 228 (C.A.), où le juge Robert note que « si le défaut de respecter l’obligation d’information n’a pas entraîné l’apparition d’un vice de consentement, il reste le recours général basé sur les dispositions de l’article 1375 C.c.Q. à condition de pouvoir démontrer la contravention à l’obligation de bonne foi ».

– que les juges interdisent à un contractant de se prévaloir du contrat qui n'avait été passé que par suite de son comportement de mauvaise foi²².

Une seconde question est celle de la nature de la responsabilité encourue par le contractant qui a fait preuve de mauvaise foi lors du processus de formation du contrat. Il est certain que, si le contrat est annulé, la responsabilité ne peut être que délictuelle. En revanche si le contrat conclu à la suite d'un manquement à la bonne foi n'est pas annulé, il y a une tendance nette de la jurisprudence française à se placer sur le terrain de la responsabilité contractuelle pour justifier les dommages-intérêts accordés au contractant victime, et donc à traiter, déjà, le devoir de bonne foi ou les devoirs plus précis qui peuvent lui être rattachés comme de véritables obligations liées au contrat. On peut ainsi l'observer pour les manquements aux obligations de renseignement ou de conseil lorsqu'ils ont abouti à la conclusion d'un contrat inadapté ou inopportun²³. On l'observe plus nettement encore, dans la jurisprudence récente, à propos du « devoir de mise en garde » – devenu subrepticement – « obligation de mise en garde » que la Cour de cassation fait désormais peser sur les établissements de crédit à l'égard des emprunteurs ou des cautions peu solvables, et qu'elle sanctionne désormais invariablement en s'appuyant, non plus sur l'article 1382 du Code civil, mais sur l'article 1147²⁴. C'est que, même si la faute sanctionnée se situe dans une phase où le contrat n'est pas encore passé, elle intervient dans des relations qui ne sont pas celles de deux étrangers qui, s'ils ne sont pas encore des contractants, sont déjà des partenaires, entre lesquels

²² Voir, en dernier lieu : *Roy c. Roy*, EYB 2010-171941 (C.Q.) ; voir, surtout : *Confédération des Caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec c. Services informatiques Decision One*, REJB 2003-51540, par. 56 et 67 (C.A.) (décision qui opère un mélange curieux de la technique de la nullité et de celle de la fin de non-recevoir).

²³ Voir, par exemple, dans la jurisprudence récente : Civ. 1^{re}, 22 janv. 2009, n° 07-19867, *Bull. civ.* I, n° 7 (obligation de conseil du banquier sur l'adaptation à la situation de l'emprunteur de l'assurance groupe assortissant le contrat de prêt) ; Com. 8 avr. 2008, n° 07-13013, *Bull. civ.* IV, n° 77 (obligation de conseil du banquier en matière de placement financier).

²⁴ Voir, par exemple : Civ. 1^{re}, 19 nov. 2009, n° 07-21382, *Bull. civ.* I, n° 231 (qui parle de « devoir de mise en garde » ; Com. 20 oct. 2009, n° 08-2074, *Bull. civ.* IV, n° 127 (qui se réfère à l'« obligation de mise en garde »). On notera cependant qu'en matière médicale, la Cour de cassation a récemment opéré une évolution en sens inverse en fondant sur la responsabilité délictuelle le manquement du médecin à son obligation d'information, alors même qu'elle intervient au cours de l'exécution du contrat médical : Civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n° 09-13591.

on ne peut plus raisonner en termes de « devoirs sociaux généraux »²⁵. On est ici en présence, au fond, d'une sorte de *culpa in contrahendo* à la française que, faute de catégorie intermédiaire, il apparaît plus rationnel de sanctionner en se plaçant sur le terrain de la responsabilité contractuelle. Même si la question semble rarement y être posée, il est à noter que la même idée est parfois évoquée dans la doctrine québécoise. Ainsi, Vincent Karim estime que, dès lors que le contrat est signé à la suite d'un manquement à l'obligation de bonne foi lors des négociations, la responsabilité ne peut être que contractuelle²⁶.

B. Dans la période d'exécution du contrat

Le droit québécois rejoint beaucoup plus nettement le droit français lorsque le manquement à la bonne foi se situe dans la **phase d'exécution du contrat**. Dans l'immense majorité des cas, les sanctions qui vont frapper le contractant déloyal sont alors les sanctions de droit commun de l'inexécution des obligations contractuelles²⁷.

Le plus souvent, en droit français, le contractant qui a manqué à la bonne foi sera condamné à des dommages-intérêts, et le fondement retenu en jurisprudence est alors sans ambiguïté la responsabilité contractuelle, soit que le comportement déloyal soit qualifié de « faute contractuelle » sans désignation explicite de l'obligation violée²⁸, soit qu'il soit expressément présenté comme le manquement à une « obligation contractuelle ». Cette obligation est parfois une obligation à contenu relativement précis que les juges – ou, parfois, les interprètes – font dériver de la bonne foi : ainsi en est-il, dans la jurisprudence de la Chambre sociale, de l'obligation de reclassement du salarié ou de l'obligation de l'employeur d'assurer

²⁵ On pourrait aussi observer que, dans la plupart des cas, cette jurisprudence concerne un banquier, et que l'opération s'inscrit dans une relation contractuelle générale (ouverture de compte) avec le client. Mais l'explication ne vaut pas pour les cautions, qui ne sont pas habituellement en relation préexistante avec le banquier envers lequel elles s'engagent.

²⁶ V. KARIM, préc., note 8, 458.

²⁷ Pour ces sanctions en droit québécois, voir : D. LUELLES, préc., note 8, 197 et suiv.

²⁸ C'est le cas notamment dans le célèbre arrêt Huard (Com. 3 nov. 1992, n° 90-18547, *Bull. civ.* IV, n° 338 ; JCP E 1993.II.22164, note G. Virassamy ; *RTD civ.* 1993.124, obs. J. Mestre).

l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi²⁹, ou encore, dans le cadre des relations commerciales, de l'obligation plus générale de coopération ou de collaboration, qui fait l'objet, dans certains projets nationaux ou européens, d'un texte distinct de celui qui est consacré à la bonne foi³⁰. Mais, dans un certain nombre de cas, la bonne foi n'apparaît pas seulement comme un principe ou une exigence générale d'où on fait dériver des obligations à objet plus spécifique, elle apparaît elle-même comme objet d'obligation, généralement sous la terminologie d'« obligation de loyauté ». Une telle « obligation » apparaît de manière particulièrement fréquente dans la jurisprudence de la Chambre sociale où elle est mise à la charge tant de l'employeur que du salarié, mais elle a également été consacrée par la Chambre commerciale, qui affirme par exemple que « les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et que le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat »³¹. De même, dans un contexte très différent, est condamné à des dommages-intérêts l'assureur qui, « tenu d'une obligation de loyauté dans la mise en œuvre du processus d'indemnisation après la survenance du sinistre », manque à cette obligation en « endormant la vigilance » de l'assuré dans le but d'échapper au paiement grâce à la prescription : il commet ainsi une faute contractuelle dont il doit réparation³². Dans certains arrêts, la motivation relie cette « obligation de loyauté » à une – plus générale encore – « obligation d'exécuter le contrat de bonne foi » : ainsi un arrêt remarqué de la Première chambre civile qui laisse entendre qu'un refus injustifié de renégocier les modalités d'un contrat « *au mépris de*

²⁹ Voir, par exemple : Soc. 25 fév. 1992, n° 89-41634, *Bull. civ. V*, n° 122 « L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois ».

³⁰ C'est notamment le choix des Principes du droit européen du contrat (art 1:202), suivi par les auteurs des « Principes contractuels communs » élaborés par l'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée dans le cadre du projet de Cadre commun de référence (article 0:303). Ces derniers présentent ce « devoir de collaboration » comme l'aspect positif, dynamique, du devoir de bonne foi (Projet de cadre commun de référence, p. 171). Cette « autonomisation » ne se retrouve pas dans le projet élaboré sous la direction de F. Terré, au motif que le devoir de collaboration n'est ni général à tous les contrats, ni applicable dans les différentes phases contractuelles, et qu'il vaut mieux laisser au juge le soin de l'inclure dans la bonne foi lorsque la situation l'exige (Carole AUBERT DE VINCELLES, « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », dans *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2008, p. 117.)

³¹ Com. 24 nov. 1998, n° 96-18537, *Bull. civ. IV*, n° 277 ; *Defrénois* 1999.371, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1999.98, obs. J. Mestre.

³² Civ. 1^{re}, 26 nov. 1996 : n° 94-13468, *Bull. civ. I*, n° 415.

l'obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi» pourrait justifier l'allocation de dommages-intérêts³³. La jurisprudence québécoise n'est sans doute jamais allée jusque-là, mais, au-delà d'une conception qui peut être différente quant au contenu des obligations se rattachant à la bonne foi, on y retrouve d'une manière constante le même appel au régime de droit commun de la responsabilité contractuelle pour sanctionner les manquements à ces obligations³⁴.

Dans cette logique, le manquement à ces «obligations» est parfois sanctionné, par la résolution du contrat. En droit français, il est bien acquis, d'abord, qu'un comportement de mauvaise foi d'un contractant peut constituer une cause légitime permettant de mettre fin à un contrat à durée indéterminée dont la rupture est encadrée (contrat de travail, mandat d'intérêt commun dans le cadre des relations de distribution). Mais la jurisprudence française admet même parfois, en cas de manquement à la bonne foi, le jeu de la résolution (ou de la résiliation) de droit commun fondée sur l'article 1184 du Code civil, alors même que, dans la conception classique, ce mécanisme devrait être réservé à la sanction de l'inexécution d'une obligation principale constituant pour l'autre partie la cause de son engagement. Certes, dans un certain nombre de cas, cette jurisprudence n'est qu'un trompe-l'œil, les juges qualifiant fréquemment de manquement à la bonne foi ce qui n'est que l'inexécution d'une obligation principale du contrat³⁵. Mais on peut relever un certain nombre de décisions où la résolution apparaît bien comme justifiée par le manquement à une «pure obligation de bonne foi» qui ne peut se rattacher à aucune obligation déterminée du contrat. C'est ainsi – pour ne citer qu'un exemple – que la résolution a été prononcée, pour manquement à l'obligation d'exécuter de bonne foi un contrat d'agence commerciale, à l'encontre d'une entreprise qui avait tenté de convaincre les sous-agents de son agent de contracter directement avec elle³⁶. Là encore, la jurisprudence québécoise rejoint les solutions françaises et admet la résolution comme une des sanc-

³³ Civ. 1^{re}, 16 mars 2004, n° 01-15804, *Bull. civ. I*, n° 86; D. 2004; J. 204, obs. D. Mazeaud; JCP E 2004.737, note O. Renard-Payen; R.L.D.C. 2004/6, n° 222, note D. Houtcieff; *RTD civ.* 2004.290, obs. J. Mestre et B. Fages.

³⁴ Voir: D. LLUELLES, préc., note 8, 197-202 et les arrêts cités. L'auteur examine notamment en détail la question, pour l'instant spécifique au droit québécois, de savoir si on peut condamner l'auteur du manquement à des dommages-intérêts punitifs.

³⁵ Voir les exemples donnés par Ph. STOFFEL-MUNCK, préc., note 15, 167 et suiv.

³⁶ Civ. 1^{re}, 10 janv. 1979, n° 77-12320, *Bull. civ. I*, n° 17. Voir les autres exemples cités par T. GENICON, préc., note 7.

tions possibles du manquement à la bonne foi³⁷, alors même que la rédaction des articles 1590 et 1604 du Code civil québécois, qui subordonnent la résolution ou la résiliation à l'inexécution d'une obligation corrélative, aurait pu constituer un obstacle.

Si on cherche à rapporter ces solutions à l'arrêt français de 2007, on doit remarquer que les dommages-intérêts et la résolution sont de nature à porter atteinte à la « substance » des droits et obligations nés du contrat, même si, dans le cas des dommages-intérêts, cette atteinte n'est qu'indirecte, par le biais d'une compensation avec la créance du contractant déloyal, et même si, dans la jurisprudence française la plus récente, il y a une tendance à poser en principe que cette compensation ne peut être que partielle³⁸. Il paraît cependant peu probable – et le communiqué le laisse clairement entendre – que, dans son arrêt de 2007, la Cour de cassation ait entendu remettre en cause ces sanctions classiques du manquement à la bonne foi. Tout au plus peut-on penser que la formule de cet arrêt – l'interdiction de porter atteinte à la substance du contrat – exclut toute exécution en nature de l'obligation de bonne foi, qui pourrait aboutir par exemple à la révision par le juge du contrat que le contractant se refuse à renégocier.

Cette approche obligationnelle de la bonne foi, qui transparaît à travers le jeu des sanctions qui sont appliquées dans la jurisprudence française (mais aussi québécoise), a été contestée par plusieurs auteurs en France, et ceci dans des directions assez différentes. D'abord, dans sa thèse sur l'abus dans le contrat, Philippe Stoffel-Munck estime que ce qu'il nomme l'abus par déloyauté n'est que le manquement à un devoir social général, et qu'il ne devrait pas être justiciable des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – que l'auteur voudrait voir réservées aux obligations ayant pour objet un avantage déterminé qu'un contractant promet à l'autre³⁹. Ensuite, dans sa non moins remarquable thèse consacrée à l'article 1135 du Code civil, Philippe Jacques, tout en partageant avec le précédent auteur

³⁷ Arrêts cités par D. LUELLES, préc., note 8, 125.

³⁸ Voir, à propos du manquement au devoir de mise en garde pesant sur le banquier à l'égard de l'emprunteur ou de la caution : Com. 20 oct. 2009, n° 08-274, *Bull. civ.* IV, n° 127, selon lequel le préjudice résultant du défaut de mise en garde s'analyse seulement en la perte d'une chance de ne pas contracter et ne saurait être compensé par des dommages-intérêts couvrant l'intégralité du montant de la dette.

³⁹ Ph. STOFFEL-MUNCK, préc., note 15, 272 et suiv. Je simplifie évidemment beaucoup une démonstration riche et complexe.

l'idée qu'un comportement ne peut pas être l'objet d'une obligation, estime que la jurisprudence française, dans son approche obligationnelle de la bonne foi, confond l'article 1135 – repris en substance dans l'article 1434 du *Code civil du Québec* – qui dit quelles sont les obligations nées du contrat, avec l'article 1134 al. 3, qui dit comment les obligations (nées de la volonté des parties, de la loi ou du juge) doivent être exécutées. Pour cet auteur, cette question ne relève pas du contenu obligationnel du contrat, mais, en quelque sorte directement, de sa force obligatoire⁴⁰. À la réflexion, et même si mes propres écrits ont pu faire croire le contraire (et si, peut-être, j'ai pu croire le contraire), je crois que ces critiques sont infondées. Sans entrer ici dans le détail d'une discussion complexe⁴¹, je ne vois pas pourquoi le contenu obligationnel du contrat devrait être réduit à des avantages économiques que l'un promet à l'autre et ne pourrait pas inclure aussi certains comportements, dès lors qu'ils sont au service des premiers. Que ces comportements soient par ailleurs l'objet de devoirs généraux de la vie en société ne me semble pas davantage exclure qu'ils deviennent des obligations dès lors qu'ils se cristallisent dans les rapports particuliers entre deux contractants. Et la notion de force obligatoire me paraît insuffisante à rendre compte du contenu particulier des normes ainsi intégrées dans le contrat qui imposent à chaque contractant une certaine conduite à l'égard de l'autre. En définitive, même si on peut reconnaître que l'obligation de bonne foi ou les obligations qui en sont déduites ont une structure et un contenu assez particuliers, la notion d'obligation me paraît être la moins mauvaise possible pour en rendre compte, et le jeu des sanctions de l'inexécution qu'on leur applique me paraît en lui-même tout à fait pertinent⁴².

⁴⁰ Philippe JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Paris, Dalloz, 2005, n° 157 et suiv. spécialement n° 167 et suiv.; Philippe Jacques est, à certains égards, rejoint par l'auteur de l'autre thèse récente sur l'article 1135, Clémence MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135. Une nouvelle source du contenu contractuel*, Paris, L.G.D.J., 2006, n° 203 et suiv.

⁴¹ Pour une discussion plus approfondie, je ne peux que renvoyer à l'article plus développé que j'ai écrit dans les *Mélanges offerts à Daniel Tricot*, Paris, Dalloz-Sirey/Litec, 2011, p. 61, n° 12 et suiv., sur les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat en droit français spécialement n° 12 et suiv.

⁴² C'est pourquoi on peut trouver peu opportune la solution de l'article 1:103 du projet de Cadre commun de référence élaboré par le Study group on a european civil code, qui fait de la bonne foi dans l'exécution des obligations un simple «devoir» en précisant que sa violation «ne donne pas directement droit aux moyens sanctionnant l'inexécution d'une obligation mais elle peut interdire à son auteur d'exercer ou de se

On notera avec intérêt que ces doutes sur le caractère obligationnel ou non de la bonne foi ne semblent guère avoir atteint les auteurs québécois, sans doute parce qu'ils sont moins sensibles que la doctrine française aux grandes constructions conceptuelles et plus ouverts aux considérations pragmatiques⁴³ qui militent en faveur de l'application au manquement à la bonne foi des sanctions de l'inexécution contractuelle. Ainsi, Didier Lluelles, tout en reconnaissant que la bonne foi est d'abord une exigence d'ordre éthique et qu'elle est bien différente des obligations-prestations qui constituent l'objet principal des contrats, n'hésite pas à y voir une véritable obligation qu'il raccroche aux obligations implicites de l'article 1464 du Code civil québécois (équivalent de l'article 1135 du Code civil français). De même, Vincent Karim, examinant les diverses sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, raisonne constamment en termes d'obligations et relève, sans formuler la moindre critique, que « le créancier de l'obligation de bonne foi a droit à des dommages intérêts lors de tout manquement partiel ou total à cette obligation par son contractant, à condition de prouver qu'il en subit des dommages directs »⁴⁴. Cela n'empêche pas de considérer, cependant, qu'il puisse y avoir d'autres sanctions au manquement à la bonne foi, qui peuvent se situer sur un autre terrain, et pour lesquelles la comparaison avec le droit québécois me paraît particulièrement éclairante.

II. Le manquement à la bonne foi, source d'une interdiction de se prévaloir du contrat

En droit français, comme en droit québécois, la sanction du manquement à la bonne foi ne passe pas toujours par une approche obligationnelle qui conduit à l'application des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Dans les deux droits, un tel manquement peut déclencher des sanctions spécifiques, lesquelles, cependant, me semblent obéir à une logique assez différente. Alors que le droit français se cantonne ici dans une approche substantialiste, qui met l'accent sur la portée de la force obligatoire, et qui conduit inévitablement à limiter, et à cloisonner le jeu des

prévaloir d'un droit ou d'un moyen en demande ou en défense dont il aurait autrement disposé ».

⁴³ Sur cet aspect, voir : Mathieu DEVINAT et Édith GUILHERMONT, « Enquête sur les théories juridiques en droit québécois », (2010) 44-2 *R.J.T.* 7.

⁴⁴ V. KARIM, préc., note 8, 470.

sanctions de la bonne foi (A), le droit québécois adopte parfois, avec la technique des fins de non-recevoir, une vision plus processualiste, dont certains auteurs prônent aujourd'hui la transposition en droit français (B).

A. L'approche du droit français

On peut relever, dans la jurisprudence française, un certain nombre de décisions où la sanction du comportement contraire à la bonne foi consiste tout simplement dans la neutralisation, dans l'inefficacité de ce comportement au regard des conséquences qui lui sont normalement attachées par le contrat. L'exemple le plus connu est celui de la jurisprudence relative aux clauses résolutoires, qui a constitué, à partir des années 1970, la première manifestation de la (re)découverte de l'article 1134 al. 3 dans le droit français des contrats. Le créancier, victime de l'inexécution, qui invoque la clause de mauvaise foi (par exemple, après avoir toléré pendant de longues années une inexécution qu'il prétend ensuite faire sanctionner par un revirement brutal, ou encore en profitant d'une période où il sait que le débiteur ne peut être joint, pour envoyer la mise en demeure) se verra refuser la résolution alors pourtant que les conditions posées par la clause pour l'obtenir semblent réunies⁴⁵. Dans le même ordre d'idées, un arrêt de 1976 de la 3^e Chambre civile approuvait les juges du fond d'avoir considéré qu'un dédit exercé de mauvaise foi « ne pouvait produire aucun effet juridique »⁴⁶. Un raisonnement similaire a pu être tenu, plus récemment, à l'égard d'un créancier qui, dans le seul but d'obtenir la résolution du contrat, se prévalait d'une clause lui permettant d'exiger « à n'importe quel moment et sur son seul souhait, pour quelque motif que ce soit » la conversion de la rente en une obligation de soins, à un moment où le débiteur, en raison d'un accident l'ayant handicapé, était dans l'impossibilité d'exécuter cette obligation de soins : cette attitude a conduit au rejet de la demande en résolution⁴⁷ – belle manifestation de la bonne foi comme rempart contre l'opportunisme contractuel telle que la présen-

⁴⁵ Civ. 3^e, 16 oct. 1973, *Bull. civ.* III, n° 529, p. 386; Civ. 3^e, 8 avr. 1987, *Bull. civ.* III, n° 88, p. 53; Civ. 3^e, 31 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n° 57, p. 41; D. 1995.389, note C. Jamin; somm. 230, note P. Delebecque; *RTD civ.* 1995.623, obs. J. Mestre; Civ. 1^{re}, 16 févr. 1999, *Bull. civ.* I, n° 52, p. 34; *Defrénois* 2000.248, obs. D. Mazeaud.

⁴⁶ Civ. 3^e, 11 mai 1976, D. 1978.269, note Taisne.

⁴⁷ Civ. 1^{re}, 7 févr. 2006, D. 2006.1796, note A. Penneau.

tent certains auteurs québécois⁴⁸. De même, dans une affaire où un auteur avait cherché à se délier d'un pacte de préférence en proposant à l'éditeur des œuvres fantaisistes, la sanction a consisté dans l'interdiction pour l'auteur de se prévaloir de la clause le libérant du pacte après deux refus successifs⁴⁹. Le même type de sanction s'observe également dans la jurisprudence de la Chambre sociale, lorsque l'employeur met en œuvre contrairement à la bonne foi certaines clauses en elles-mêmes parfaitement licites : il en va ainsi, par exemple, si, se prévalant d'une clause de mobilité géographique, l'employeur impose une mutation à un salarié se trouvant dans une situation familiale critique alors que le poste aurait pu être pourvu par d'autres salariés. La sanction réside en ce que le salarié est bien fondé à refuser la mutation prévue par la clause, ce qui, par contrecoup, prive de cause réelle et sérieuse le licenciement fondé sur ce refus⁵⁰. On citera encore l'arrêt remarqué de la Chambre commerciale du 8 mars 2005 sanctionnant pour manquement à « l'obligation d'exécuter de bonne foi » un banquier qui, ayant stipulé une convention d'unité de comptes entre deux comptes du client, avait adopté dans un premier temps un comportement incompatible avec cette convention pour s'en prévaloir ensuite en refusant d'exécuter un ordre de virement à partir du solde du compte créditeur⁵¹. Ces solutions jurisprudentielles peuvent être rapprochées de certaines dispositions légales qui, même si elles ne s'y réfèrent pas explicitement, sont souvent considérées comme des applications particulières de l'exigence de bonne foi contractuelle. On songe ainsi à l'article 1178 du Code civil, qui interdit à celui qui a empêché l'accomplissement d'une condition suspensive de se prévaloir de sa défaillance pour être libéré du contrat, ou encore à l'article 1150, qui neutralise les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité contractuelle en cas de dol ou de faute lourde du débiteur.

⁴⁸ Ejan MACKAAY, Violette LEBLANC, Nicolette KOST-DE-SÈVRES, Emmanuel DARANKOUM, « L'économie de la bonne foi contractuelle », dans *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 421.

⁴⁹ Paris, 22 janv. 1992, D. 1995.J.128, note H. Gaumont-Prat; *RTD civ.* 1995.624, obs. J. Mestre.

⁵⁰ Soc. 18 mai 1999, *Bull.civ.* V, n° 219; *RTD civ.* 2000.326, obs. J. Mestre et B. Fages; Soc. 21 juin 2006, n° 04-44866; Soc. 14 oct. 2008, n° 07-43071.

⁵¹ Com. 8 mars 2005, *Bull.civ.* IV, n° 44; D. 2005; A.J., 883, obs. X. Delpech, et pan. 2843, obs. B. Fauvarque-Cosson; 27 sept. 2005, L.P.A. 2005, note Y. Dagorne-Labbé; *RTD civ.* 2005.391, obs. J. Mestre et B. Fages; *RTD com.* 2005.397, obs. D. Legeais; R.D.C. 2005.1015, obs. D. Mazeaud.

Ces solutions – notamment celles relatives aux clauses résolutoires – ont parfois été rattachées en doctrine à l'idée de réparation en nature : en violant son devoir de bonne foi, le contractant cause un préjudice à l'autre partie, et la meilleure manière de réparer ce préjudice semble être de lui interdire de se prévaloir du contrat ou de la clause qu'il prétend mettre en œuvre. L'explication, cependant, paraît bien artificielle et ne correspond absolument pas au raisonnement suivi par les juges dans les hypothèses analysées : dans aucun cas, on ne relève que le contractant a manqué à une de ses obligations, et donc commis une faute contractuelle, faute qui a causé un préjudice dont il faudrait assurer la réparation. L'étendue de la sanction prononcée – qui est nécessairement une inefficacité totale de l'acte ou du comportement déloyal – ne dépend du reste en aucune manière de l'importance du préjudice subi par le cocontractant, ni même de son existence. En réalité, même si on reconnaît par ailleurs à la bonne foi un aspect obligationnel, il faut à mon avis, pour comprendre la sanction spécifique de l'inefficacité, en faire abstraction et se placer directement sur le terrain de la force obligatoire. L'idée est que la force obligatoire ne joue que dans les limites de la bonne foi : ni les parties, ni le juge ne peuvent lire le contrat à la lettre, en faisant abstraction de cette exigence générale de comportement. D'une certaine manière, on peut dire que toutes les clauses du contrat doivent se lire comme comportant la stipulation implicite « conformément à la bonne foi »⁵². Si, par exemple, une clause résolutoire prévoit que le créancier doit mettre en demeure le débiteur et que la résolution est acquise un mois après cette mise en demeure, il faut comprendre que cela ne vaut que si le créancier n'a pas mis en œuvre la clause de manière déloyale. De même, si le contrat d'édition prévoit que l'auteur est libéré du pacte de préférence s'il a présenté deux manuscrits à l'éditeur et que ceux-ci ont été refusés, il faut entendre « s'il a présenté de bonne foi deux manuscrits ». La bonne foi est ainsi une clé de lecture de toutes les dispositions contractuelles, qu'elles créent des obligations ou non, qu'elles définissent le contenu des obligations du débiteur ou des prérogatives du créancier. Dès lors, si un contractant a agi de manière déloyale, a manqué à la bonne foi, on peut considérer qu'il s'est placé en dehors du contrat et qu'il ne peut pas se prévaloir de sa force obligatoire.

Cette analyse permet, à mon avis, d'expliquer les limites que la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans l'arrêt de 2007, a entendu

⁵² Ce qui n'est pas la même chose que d'ajouter dans le contrat une « obligation implicite » de bonne foi.

poser aux pouvoirs du juge sanctionnant le manquement à la bonne foi dans ce genre d'hypothèses, même si on peut trouver que la formulation n'en est pas très claire. Tel que je le comprends, le jeu de la bonne foi n'apparaît pas comme une « atteinte » à la force obligatoire du contrat, il n'est qu'une manière de la faire jouer. Le juge qui refuse de donner effet à une décision de résolution conforme à la lettre d'une clause résolutoire mais opérée de mauvaise foi, ou qui permet à un salarié de refuser une mutation qui lui est imposée sur le fondement d'une clause de mobilité mais de manière abusive, ne refuse pas d'appliquer la clause résolutoire ou la clause de mobilité, tout au contraire, il en fait application telle qu'elle doit être lue avec l'éclairage de la bonne foi. D'où deux conséquences. D'une part, la décision du juge ne peut avoir pour effet de rayer du contrat la clause en question : si le contrat perdure, le créancier pourra toujours à l'avenir mettre en jeu la clause de résolution au cas où le débiteur persisterait dans son inexécution de même que l'employeur pourra faire jouer la clause de mobilité dans d'autres circonstances⁵³. D'autre part, cette modulation liée à la bonne foi du jeu de la force obligatoire suppose qu'on soit au départ en présence d'un contrat valablement passé, qui a donc, par principe, force obligatoire. Elle ne peut pas trouver à s'appliquer dans un cas où, comme celui qui avait donné lieu à l'arrêt de 2007, le comportement de mauvaise foi imputé au contractant s'est situé au moment de la conclusion du contrat ou dans une phase antérieure. Pour faire tomber le contrat dans une telle hypothèse, et priver purement et simplement le créancier de son droit de créance, il faudrait – comme le laisse d'ailleurs clairement entendre la Cour de cassation dans le communiqué qui accompagne son arrêt – contester la validité même du contrat, mais, comme on l'a vu précédemment, il ne suffit pas alors de prétendre que le contractant a été de mauvaise foi, il faut établir les conditions spécifiques de la nullité pour dol, en recherchant si le consentement de l'autre a été vicié. Sur ce point, l'approche adoptée par la jurisprudence québécoise pourrait sans doute permettre d'aboutir à des solutions différentes.

⁵³ Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de 2009, il aurait été de même parfaitement possible de neutraliser, à l'égard du premier cessionnaire, la clause permettant la cession du fonds au seul acquéreur du fonds de commerce (parce que, à ce moment là, elle était invoquée de mauvaise foi par le bailleur), tout en en réservant l'application pour l'avenir. Ce pourquoi on a du mal à comprendre la solution de la Cour de cassation dans cette affaire !

B. L'éclairage du droit québécois

Le droit québécois est ici doublement intéressant. D'une part, en restant sur le terrain du droit substantiel, on a vu qu'un certain nombre d'auteurs soutenaient que l'article 1375, par sa généralité, était une source autonome de sanction permettant d'appréhender un comportement déloyal au stade de la formation du contrat, éventuellement par la nullité du contrat passé ou l'éradication de certaines de ces clauses⁵⁴ : dans une affaire comme celle soumise à la Chambre commerciale en 2007, il aurait peut-être été possible, au Québec, de faire tomber le contrat en s'appuyant sur la règle générale de l'article 1375. Et on voit ici toute la différence qu'il peut y avoir entre l'affirmation d'un principe général de bonne foi et le cloisonnement de cette exigence entre deux séries de règles particulières, les unes relatives à la formation du contrat et les autres à son exécution. D'autre part et surtout, le juriste français ne peut que considérer avec beaucoup d'intérêt l'utilisation que la jurisprudence québécoise, au moins depuis le célèbre arrêt *Soucisse*⁵⁵, fait parfois de la technique de la fin de non-recevoir, pour sanctionner la mauvaise foi contractuelle. Il s'agit ici d'interdire au contractant d'émettre devant le juge une prétention, normalement fondée en droit, mais dont les éléments générateurs n'ont été réalisés qu'en raison de son comportement déloyal. Cette sanction n'est évidemment pas sans rapport avec le mécanisme de *common law* de l'estoppel, même si la jurisprudence et la doctrine québécoise tiennent à s'en démarquer explicitement⁵⁶, et préfèrent la raccorder à Pothier⁵⁷. Or il est intéressant d'observer que, dans la doctrine française actuelle, un certain nombre d'auteurs prônent également de sanctionner la mauvaise foi – ou du moins certaines de ses manifestations – par une fin de non-recevoir. C'est ainsi que, Christian Atias estime qu'« il pourrait être admis que la demande du créancier se heurte, dans certains cas, à une exception de mauvaise foi ou d'indignité; elle s'apparente à une fin de non-recevoir. Le

⁵⁴ Voir: *supra*, note 7.

⁵⁵ *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, (1981) 2 R.C.S. 339, 360-362

⁵⁶ Voir, sur les rapports entre le mécanisme des fins de non-recevoir et l'estoppel, la motivation de l'arrêt *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, préc., note 55, 360 et suiv. Selon un arrêt postérieur (*Gaz Métropolitain Inc. c. Bacon America Inc.*, (2002) R.J.Q. 215) « cette doctrine (des fins de non-recevoir) est maintenant reconnue en droit québécois et est autonome et indépendante de celle développée par la common law ».

⁵⁷ Robert Joseph POTHIER, *Traité des obligations*, t. 2, Paris, Letellier, 1813, chapitre VIII « Des fins de non-recevoir et prescriptions contre les créances », n° 640.

demandeur n'a pas la qualité requise pour agir en justice»⁵⁸. On reconnaît ici une transposition de l'adage *nemo auditur*, dont le lien avec la question de la bonne foi est parfois fait en droit québécois⁵⁹. Dans un esprit assez différent, Dimitri Houtcieff, auteur d'une thèse remarquée sur le principe de cohérence en droit des contrats⁶⁰, propose, en s'inspirant de la technique de l'estoppel, de sanctionner par une irrecevabilité cette forme particulière de manquement à la bonne foi que constitue le « *venire contra factum proprium* », la contradiction au détriment d'autrui (dans le cadre duquel s'inscrivent plusieurs des affaires précédemment citées)⁶¹. La Cour de cassation française a implicitement admis, en matière procédurale, que le fait de se contredire au détriment d'autrui puisse constituer une fin de non-recevoir⁶², et elle admet même explicitement depuis quelques années le recours à l'estoppel en matière d'arbitrage⁶³. Cependant, jusqu'à maintenant, cette approche ne me semble pas retenue en matière contractuelle où le manquement à la bonne foi – y compris lorsqu'il réside dans une incohérence de comportement – continue d'être sanctionné, comme j'ai essayé de le montrer, sur le terrain du droit substantiel, par une sorte de modulation de la force obligatoire du contrat.

Il semble que l'utilisation de la technique des fins de non-recevoir aboutit à des résultats sensiblement différents de ceux du droit français. La technique des fins de non-recevoir a un aspect inévitablement procédural (que confirment ses rapports, même ambigus, avec l'estoppel). Le juge ne dit pas au contractant déloyal : votre comportement n'est pas couvert par la force obligatoire (ce qui est, je crois, l'approche française), il lui dit « la situation actuelle, dont vous vous prévaliez devant moi, n'est qu'une conséquence de votre mauvaise foi, je ne veux pas vous entendre ». Dans cette

⁵⁸ Christian ATIAS, *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, 3^e éd., Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2006, n° 169.

⁵⁹ Voir : *Sàfilo Canada Inc. c. Chic Optic*, 2004 CanLII 46683, par. 24 (QC C.A.).

⁶⁰ D. HOUTCIEFF, préc., note 7.

⁶¹ *Id.* : toute la deuxième partie de cet article plaide pour « une fin de non-recevoir sanctionnant l'incohérence ». Voir, également : Horatia MUIR-WATT, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit français », dans *Mélanges Loussouarn*, Paris, Dalloz 1994. D.

⁶² Ass. plen., 27 février 2009, n° 07-19841, JCP 2009.II.10073, note P. Callé ; D. 2009.1245, note D. Houtcieff.

⁶³ Civ. 1^{re}, 6 juillet 2005, JCP 2005.I.179, note J. Ortscheidt ; R.D.C. 2006.1279, note B. Fauvarque-Cosson ; J.D.I. 2006.608, note M. Béhar-Touchais ; *Rev. crit. DIP* 2006.602, note H. Muir-Watt ; D. 2006.1424, note E. Agostini ; Civ. 1^{re}, 3 février 2010, n° 08-21 288, D. 2010.448, obs. X. Delpech ; JCP 200.doct.178, obs J. Ortscheidt.

approche, le débat se déplace quelque peu du cadre contractuel vers celui du procès, et on peut être amené à mettre sur le même plan, à ne pas distinguer dans le raisonnement, les différentes phases de la vie du contrat. Il paraît possible de juger un contractant irrecevable à se prévaloir dans le prétoire de ses comportements déloyaux antérieurs, sans qu'il y ait par principe à distinguer selon qu'ils sont intervenus lors de la phase de formation, lors de l'exécution ou de l'extinction⁶⁴. Là encore, comme avec l'utilisation directe de l'article 1375, on aboutit à un décloisonnement des sanctions du manquement à la mauvaise foi. Ce qui est sûr en tout cas, c'est que la fin de non-recevoir liée à la mauvaise foi – alors que, par définition, elle ne touche pas au droit lui-même, mais à son exercice devant le juge – peut aboutir à empêcher définitivement le contractant de faire valoir sa créance, dès lors que celle-ci n'a été acquise que par l'effet de son comportement déloyal, et donc aboutir de fait à ce que la Cour de cassation a voulu éviter. On le voit bien dans l'arrêt *Soucisse*, où la Cour suprême rejette l'action en paiement de dettes postérieures au décès de la caution pour sanctionner le banquier qui n'a pas informé les héritiers de l'existence du cautionnement⁶⁵.

Si on regarde bien l'arrêt du 10 juillet 2007, on peut constater que c'est précisément ainsi, en se plaçant sur un terrain plus processuel que substantiel, qu'avait raisonné la Cour d'appel : ayant relevé le comportement déloyal du cédant lors de la cession, les juges, sans passer par aucun des remèdes contractuels possibles permettant de sanctionner cette déloyauté dans la phase de conclusion du contrat, en avaient déduit – en se plaçant au moment où le cessionnaire se présentait devant eux pour obtenir l'application du contrat – que « celui-ci ne peut, sans manquer à la bonne foi, se prétendre créancier à l'égard des cédants ». En recadrant la demande sur le seul terrain de l'exécution du contrat et de l'article 1134 al. 3 – où, à

⁶⁴ Pour une utilisation de la technique de la fin de non-recevoir pour sanctionner la mauvaise foi d'un contractant lors de la phase d'élaboration du contrat, voir : *Confédération des Caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec c. Services informatiques Decision One*, REJB 2003-51540, par. 56 et 67 (C.A.). On notera cependant que cette décision opère un mélange troublant entre deux raisonnements : la Cour affirme d'une part que le contrat conclu sous l'influence de la mauvaise foi d'un contractant ne s'est pas formé, et d'autre part pose que cette mauvaise foi crée une fin de non-recevoir interdisant à ce contractant de se prévaloir du contrat (Cons. 67).

⁶⁵ Il paraît clair que la technique de la fin de non-recevoir aurait également permis, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt français de 2009, d'empêcher le bailleur de se prévaloir de la clause interdisant la cession du bail commercial.

l'évidence, le créancier de mauvaise foi ne peut pas purement et simplement se voir priver de sa créance – la Chambre commerciale a sans doute entendu se démarquer de cette vision procédurale de la bonne foi, que certains peuvent trouver ravageuse, et qui, pour l'instant au moins, reste encore assez étrangère à l'esprit du droit français⁶⁶. D'une manière plus générale, et en dépassant le terrain des sanctions sur lequel elle se situe, la jurisprudence inaugurée par l'arrêt de 2007 est très représentative d'une certaine frilosité d'une certaine partie de la communauté juridique française devant la reconnaissance de la bonne foi comme un principe général, transversal, dont on craint qu'il ne fasse éclater les cadres traditionnels du droit des contrats. De cette frilosité, les réactions très virulentes d'un certain nombre d'auteurs à la consécration, dans le projet de réforme du droit des contrats, de la bonne foi comme « principe directeur » portent encore témoignage. On peut se demander si l'observation du droit québécois ne pourrait pas, sur ce point, les rassurer un peu.

⁶⁶ Même au Québec, l'utilisation de la technique de la fin de non-recevoir pour sanctionner le manquement à la bonne foi n'est pas unanimement appréciée : voir ainsi les réserves de Maurice TANCELIN et Daniel GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 9^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, p. 15 et 16, qui reprochent à la technique « passe-partout » des fins de non-recevoir de ne pas être « conforme au génie du droit civil », dès lors que celui-ci « a pour caractéristique de scinder le droit en substantif et procédural ».

