

LA BONNE FOI CONTRACTUELLE: D'UN PASSE GLORIEUX A UN AVENIR CONTRASTE?

René-Marie Rampelberg*

Nul besoin d'insister sur le rôle majeur de la bonne foi dans le développement du droit romain des obligations, et plus spécifiquement contractuel. On se bornera ici à en rappeler quelques traits essentiels à seule fin d'éclairer ensuite, fut-ce fugitivement, à travers quelques emprunts à la jurisprudence, certaines illustrations de sa mise en œuvre à Rome qui paraissent, aujourd'hui encore, au-delà des étiquettes utilisées, témoigner de son indubitable pérennité.

1. Finalité et limites de la notion de bonne foi à Rome et aujourd'hui

La *fides* est une des données les plus anciennes de la conscience romaine¹. Mais, à la fin de la République, elle prend la forme désacralisée et purement éthique de la *bona fides*. Au-dessus des droits nationaux, celle-ci joue désormais le rôle de commune mesure entre les ressortissants de peuples différents. Cicéron n'affirme-t-il pas que *bona fides est primum mobile ac spiritus vivificantis commercii*?

A. Magdelain rappelait que l'*oportere ex bona fide* des actions de bonne foi, au sens très fort de “la bonne foi impose”, est l’expression d’un devoir moral. L’*oportere ex bona fide* ne repose pas sur la loi. Il ne se recommande que de la bonne foi. A ce titre, il est protégé par le préteur qui le laisse, en quelque sorte, produire seul ses effets, après que lui a été ouverte la voie juridictionnelle². Cette approche, en particulier sur le caractère de devoir moral, de correctif éthique du système juridique de la *bona fides*, a été remise en cause par différents auteurs, dont Roberto Fiori³, mais on ne saurait ici aborder ces visions renouvelées qui n'affectent d'ailleurs pas l'importance de la notion hier et aujourd'hui.

1 E. Chevreau, Y. Mausen, C. Bouglé, *Introduction historique au droit des obligations*, 2007, p. 65.

2 A. Magdelain, *Les actions civiles*, 1954, p. 47.

3 R. Fiori, “*Fides et bona fides: hiérarchie sociale et catégories juridiques*”, *Revue d'Histoire du droit français et étranger*, 4, 2008, p. 481.

* Professeur émérite de l'Université Paris V.

Aux temps républicains déjà, les rapports commerciaux avec les non-Romains facilitaient, essentiellement dans le cadre du “*ius gentium*”, l’introduction et la popularité croissante de types nouveaux et informels de transactions. Reposant sur le consentement, ou la convention, des parties, ceux-ci n’exigeaient plus de s’attacher au sens spécifiquement associé aux mots contenus dans des déclarations formelles, comme dans les contrats de droit strict⁴. On pouvait librement, dans les contrats consensuels, prendre en considération – et, sur la base de la clause “*ex bona fide*”, on y était même encouragé – les circonstances spécifiques à chaque cas.

Effectivement, dans sa quête relative au comportement des parties lors de l’exécution du contrat, le juge romain, qui dispose d’une très grande liberté, doit rechercher la véritable intention ayant présidé à leur accord⁵. Pas de problème, dit Paul, si l’accord est formulé clairement: D. 32,25,1 Paulus 1 *ad Ner.*: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.* Mais si ce n’est pas le cas, le juge se doit de dégager cette intention, comme le rappelle Papinien, D. 50,16,219 *resp.*: *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit.* Voilà qu’on peut mettre en regard, par exemple, du § 133 du BGB déclarant que, en interprétant une déclaration d’intention, on doit rechercher la véritable intention sans se préoccuper du sens littéral de la déclaration, et du § 157 du même code enjoignant au juge d’interpréter les contrats selon les exigences de la bonne foi et dans le respect du commun usage. Ces deux règles allemandes trouvent indubitablement leurs antécédents historiques dans le texte de Paul⁶.

Quoi qu’il en soit, la comparaison de ces données avec l’approche communautaire européenne, qui nous intéresse essentiellement ici, appelle deux constatations:

Première constatation: à Rome, comme actuellement, la bonne foi est, d’abord, un critère d’interprétation. Interpréter un texte juridique comme un contrat ou un traité ou une loi, de bonne foi, c’est l’interpréter selon son esprit et non en droit strict. Une telle conception s’oppose au formalisme et on peut considérer qu’elle trouve son origine dans l’opposition romaine entre les actions de droit strict traditionnelles et les actions de bonne foi⁷.

Deuxième constatation: la bonne foi est aussi considérée à l’époque contemporaine comme une qualité morale. On est finalement encore tout proche de la conception fameuse de Cicéron, *De officiis*, 3,17(68)-(70):

(68) *Ratio ergo hoc postulat, ne quid insidiose, ne quid simulate, ne quid fallaciter ...*

(69) *nam quanti verba illa: uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim, quam: ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione ... (72) Ex quo intellegitur, quoniam*

4 M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, 1975, pp. 202 et s; F. Wieacker, “The *Causa Curiana* and Contemporary Roman Jurisprudence”, *The Irish Jurist*, 2, 1967, pp. 151 et s, Römische Rechtsgeschichte, 1, 1985, pp. 519 et s; A. Watson, “Narrow, Rigid and Literal Interpretation in the Later Roman Republic”, *TR* 37, 1969, pp. 351 et s; B.W. Frier, *The Rise of Roman Jurists*, 1985, pp. 139 et s; B. Honsell, T. Mayer-Maly, W. Selb, *Römisches Recht*, 1987, pp. 57 et s; R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 2^e éd., 1997, p. 627.

5 Magdelain, *Actions civiles*, cit., p. 55; Chevreau, Mausen, Bouglé, *Introduction historique*, cit., p. 66.

6 W. Strätz, *Treu und Glauben*, I, 1974, pp. 47 et s.

7 Chevreau, Mausen, Bouglé, *Introduction historique*, cit., p. 66.

iuris natura fons sit, hoc secundum naturam esse, neminem id agere, ut ex alterius praedetur inscitia.

Il y aurait bien une troisième constatation, à savoir qu'à Rome, comme maintenant, la bonne foi est une croyance erronée à l'existence d'une certaine situation juridique. Mais, faute de temps, on n'en parlera pas.

Mais *quid* de la bonne foi, qualité morale, norme de comportement? Comment l'intégrer au droit? Les propos de Cicéron valent pour le philosophe, pour le moraliste d'hier et d'aujourd'hui. Mais le problème est que, de tout temps, il saute aux yeux que c'est une notion souple, et même "molle", qui ne se laisse pas enfermer dans un sens univoque et précisément déterminé, comme le rappelle, avec d'autres, B. Fauvarques-Cosson. D'ailleurs, Cicéron en est déjà parfaitement conscient et le dit dans le même passage du *De officiis*, 3,17 (68): *Sed aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias.* Et le juriste Paul, D. 50,17,144, renchérit trois siècles plus tard sur le rhétoricien et moraliste que se veut Cicéron en constatant que *non omne quod licet honestum est*⁸.

Il est de fait que pour les Romains, concrètement, exploiter intelligemment une situation avantageuse n'est pas forcément une machination trompeuse. Seule, une telle machination s'écarterait de l'exigence de la *bona fides*. Paul, D. 19,2,22,3, a une formule, *invicem se circumscribere*, qui est très difficile à traduire, mais éclairante. Cela veut peut-être dire "manoeuvrer" ou "se montrer plus malin" que l'autre. Ce n'est en rien un dol mais un agissement qui, à défaut de répondre aux critères du droit naturel, s'accorde à ceux de la nature du commerce (*natura contractus*). Ulprien qualifie cela de *solertia*, l'adresse dans les affaires⁹. Dans une certaine mesure par conséquent, les juristes, à Rome, paraissent avoir cédé eux-mêmes aux réalités de la vie et à la morale des affaires.

Toute la question est donc d'appréhender le contenu concret d'une notion dans laquelle beaucoup, aujourd'hui, ne voient encore qu'une véritable boîte de Pandore qui, en voulant trop embrasser, ne précise rien et n'est finalement daucune utilité, comme entend le démontrer, entre autres, M.W. Hesselink¹⁰.

Les Romains proposent un premier élément de réponse tout relatif: le comportement du *bonus vir*, du "bon Romain", doit le conduire à mener une vie honnête en respectant la règle fondamentale: la fidélité à la parole donnée¹¹. Ainsi, il ne doit pas s'écarte des fondements et des préceptes éthiques des *mores maiorum*, des coutumes des ancêtres¹². Ce qui va à l'encontre des *boni mores* ne peut pas être considéré comme couvert par la

8 A. Wacke, "Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List", ZSS, 94, 1977, p. 202; Zimmermann, *Law of Obligations*, cit., pp. 255 et s.

9 Wacke, "Circumscribere", cit., pp. 185 et s; Zimmermann, *Law of Obligations*, cit., pp. 669 et s.

10 M.W. Hesselink, "The Concept of Good Faith", dans *Towards a European Civil Code*, A.S. Hartkamp, E.H. Hondius (éd.), 2004, pp. 486 et s; plus nuancés, R. Zimmermann, S. Whittaker, "Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape", dans *Good Faith in European Contract Law*, R. Zimmermann, S. Whittaker (éd.), 2000, p. 32.

11 A. Wacke, "Zum *dolus*-Begriff der *actio de dolo*", RIDA, 27, 1980, pp. 373 et s; Chevreau, Mausen, Bouglé, *Introduction historique*, cit., p. 50.

12 F. Schulz, *Principles of Roman Law*, 1936, pp. 223 et s.

bonne foi¹³. Ici, il semble que l'on ait à faire à une préfiguration de ce que, par exemple, le BGB qualifie d'“usages”. On y reviendra¹⁴.

Remarquons un autre élément d'approche à Rome: Cicéron associe la référence à la raison à ses développements sur la bonne foi qui viennent d'être rappelés. Effectivement, une tentative de “concrétisation” de la bonne foi peut être trouvée du côté de la raison. Ceci est d'autant plus intéressant que les *Principes du droit européen des contrats*, dans leur article 1:302, associent bonne foi et caractère raisonnable: “doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel”. Le Code néerlandais de 1992 va plus loin encore en remplaçant la référence à la bonne foi par celle à la “raison et à l'équité”¹⁵. Et en France, l'Avant- Projet Catala de réforme du Droit des Obligations et de la Prescription y va aussi de son recours à cette approche dans son article 1139: le contrat s'interprète en raison et en équité. Peut-être peut-on voir là une réminiscence de la vision de J. Carbonnier¹⁶.

Quoi qu'il en soit, pour les gens du XXI^e siècle s'ajoute à ces difficultés d'appréhension des contours concrets de la bonne foi qu'aujourd'hui, plus qu'hier, elle peut apparaître, de façon sensiblement plus marquée qu'à Rome, comme un moyen de promouvoir une certaine idée de la justice contractuelle, que celle-ci se révèle sous les traits du “solidarisme contractuel” ou de “la nouvelle moralité contractuelle”¹⁷, telle qu'induite, par exemple, par le § 242 du BGB et qui inspire les *Principes du droit européen du contrat*¹⁸.

A défaut de pouvoir articuler une réponse à cette question du caractère souple, trop souple, de la bonne foi contractuelle, on se bornera à procéder à un constat fondé sur le droit allemand. Celui-ci pèse beaucoup sur la dynamique très favorable à la bonne foi dans l'actuel contexte européen. Pourtant, elle y apparaît seulement, semble-t-il, dans une disposition, plutôt marginale, du BGB de 1900, c'est à dire au § 242 déjà cité: “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkerssite es erfordern*”¹⁹. Certaines extensions légitimes du principe qui y est énoncé se sont si fermement établies à travers la jurisprudence qu'on les considère aujourd'hui comme formant une partie indispensable du paysage juridique moderne.

13 T. Mayer-Maly, “The Boni Mores in Historical Perspective”, *THRHR*, 50, 1987, p. 60.

14 W. Flume, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Zweiter Band, *Das Rechtsgeschäft*, 1979, § 16, 3a; Zimmermann, *Law of Obligations*, cit., p. 622.

15 Voir *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune* (coord. B. Fauvarques-Cosson et D. Mazeaud), 2008, p. 219.

16 D. Fenouillet, “Les effets du contrat entre les parties: ni révolution, ni conservation, mais un “entre-deux” perfectible”, *Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, *RDC*, 2007, note 83.

17 Sur le solidarisme contractuel, en général, L. Grynbaum, M. Nicod (éd.), *Le Solidarisme contractuel*, 2004; Ch. Jamin, D. Mazeaud (sous la direction de), *La nouvelle crise du contrat*, 2003; D. Mazeaud, “Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?”, dans *L'avenir du droit*, *Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, p. 603.

18 O. Lando, *Principles of European Contract Law* (Présentation), 3, d, La Haye, 2000.

19 “Le débiteur a l'obligation d'exécuter la prestation comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages”.

Mais comment ne pas noter que les détails de l'application jurisprudentielle de ce modeste § 242 ont atteint un tel degré de complexité qu'en 1961 un commentaire standard du BGB a consacré l'ensemble d'un volume d'environ 1400 pages à la classification et à l'analyse des règles et des institutions, découlant de la bonne foi, qui en dérivent? N'est-ce pas là, à travers le cas d'un système juridique majeur, attribuant une place marquée à la bonne foi et favorable à la généralisation de son rôle au niveau communautaire²⁰, l'illustration de la complexité de définir sa consistance exacte?²¹

2. La bonne foi contractuelle romaine, support de finalités juridiques encore d'actualité?

On se propose donc de voir, à travers quelques exemples, comment le droit romain, et plus particulièrement la jurisprudence, à la fois inspiratrice, actrice et reflet de la pratique juridictionnelle, témoignent de certaines applications concrètes de la bonne foi contractuelle qui sont aujourd'hui peu ou prou entérinées par la plupart des systèmes juridiques contemporains.

J'évoquerai brièvement d'abord la loi, au sens large de disposition émanant de l'autorité normative.

En pratique, de nos jours, les diverses obligations que fait naître la bonne foi dans la phase précontractuelle sont très proches d'un système juridique à l'autre. Comment ne pas alors mentionner à ce propos les dispositions particulièrement célèbres arrêtées par les édiles curules en matière d'obligation rigoureuse d'informations détaillées à fournir par le vendeur sur les marchandises à vendre:

Ulpianus, 1 *ad ed. aedil. curul.*, D. 21,1,1,1 *Aiunt aediles: "qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisse, quod eius praestari oportere dicetur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis conscientiae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto: ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur; iudicium dabimus"*²².

C'est l'un des domaines où le droit romain préfigure peut-être le mieux les approches contemporaines. L'édit des édiles curules a en effet fixé un cadre impératif dans lequel toutes les ventes d'esclaves ou d'animaux doivent s'inscrire. Ce régime de la vente édilienne met en premier lieu à la charge du vendeur une obligation d'information sur les défauts éventuels de la chose; d'autre part, l'acheteur a les moyens de contraindre le vendeur à fournir les informations par une action spécifique. Ces dispositions seront étendues ensuite à tous les types de marchandises.

20 Zimmermann, *The Law of Obligations*, cit., pp. 674 et s.

21 Voir sur la problématique générale de la question, S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats européen – Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, 2012.

22 Chevreau, Mausen, Bouglé, *Introduction historique*, cit., pp. 70 et s.

Sur un tout autre plan, la législation peut entériner des pratiques reposant sur la bonne foi en tant qu'elle se fait garante de l'équité. Ainsi la loi qualifiée de *Rhodia de iactu*, relative aux dédommages dus aux chargeurs dont les marchandises ont été jetées à la mer pour éviter le naufrage, offre un bon exemple de la conception romaine de ce qui est dû entre les parties à un contrat sur la base de la clause *ex fide bona*. Selon Paul, 34 *ad ed.*, D. 14,2,2 pr: *Aequissimum enim est commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvias haberent*. La bonne foi conduit à une répartition équitable des pertes²³.

Mais il n'y a évidemment pas lieu de s'étonner que la majeure partie des données soit fournie par la jurisprudence reflétant la pratique juridictionnelle dans une approche casuelle. Inutile d'épiloguer sur les cas flagrants de mauvaise foi: poursuites et sanction vont de soi. Si, par exemple, un vendeur vend sciemment une chose volée, l'acheteur peut évidemment recourir à l'*actio empti*, non parce que le vendeur ne l'a pas rendu propriétaire, mais du simple fait de sa mauvaise foi:

Africanus, 8 quaest., D. 19,1,30,1: Quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignorantis vendiditi.

Il en va de même si un mandataire a faussement déclaré à un prêteur que l'emprunteur était solvable; il peut être poursuivi pour mauvaise foi: Ulpianus, 11 *ad ed.*, D. 17,1,42: *Si tibi mandavi, ut vires excuteret eius cui eram crediturus et renuntiaveris eum idoneum esse.*

Autre cas de figure: l'associé qui fait manquer une vente à la société par négligence ou comportement dolosif: Ulpianus, 31 *ad ed.*, D. 17,2,52,11: *Si qui societatem ad emendum coierint, deinde res alterius dolo vel culpa empta non sit, pro socio esse actionem constat.*

Une partie perd également son droit pour mauvaise foi si elle n'est pas capable d'exécuter sa propre prestation, comme le prêteur qui perd le gage qui lui a été remis mais demande cependant l'intégralité du paiement promis par l'emprunteur:

Ulpianus, 76 ad ed., D. 44,4,4,8: Item quaeritur; si uniones tibi pignori dedero et convenerit, ut soluta pecunia redderentur, et hi uniones culpa tua perierint et pecuniam petas. Exstat Nervae et Atilicini sententia dicentium ita esse excipiendum: "si inter me et te non convenit, ut soluta pecunia uniones mihi reddantur": sed est verius exceptionem doli mali nocere debere.

Un autre cas est celui d'un montage associant vente et location où le vendeur-loueur du fonds perçoit un loyer en attendant que le prix de vente ait été entièrement acquitté par le locataire-acheteur; la bonne foi impose à ce vendeur-loueur de ne plus exiger la continuation du paiement du loyer si le prix de la vente lui a été versé avant la dernière échéance prévue par le contrat de location:

Iavolenus, 11 epist., D. 19,2,21: Cum venderem fundum, convenit, ut, donec pecunia omnis persolveretur; certa mercede emptor fundum conductum haberet: an soluta pecunia

23 Zimmermann, *The Law of Obligations*, cit., pp. 408 et s. considère que leur conception de ce que les parties se devaient réciproquement *ex fide bona*, ouvriraient aux juristes romains un large éventail de moyens pour affiner leur application de la *lex Rhodia*.

merces accepta fieri debeat? Respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat: sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset.

Dans certaines circonstances, la bonne foi implique aussi de remplir des obligations implicites pour faire valoir son droit. Ainsi ne peut-on reprendre un bien que l'on a donné sans indemniser le donataire des frais engagés pour l'entretien de ce bien:

Ulpianus, 76 ad ed., D. 44,4,9: *Si minor mihi infantem donaverit, deinde eum vindicet, exceptione doli mali repellendus est, nisi alimenta reddit et si quis alius sumptus probabilis in eum factus sit.*

La bonne foi s'oppose également à la poursuite d'un intérêt indigne de protection. Ainsi n'est pas de bonne foi celui qui exige l'exécution d'une stipulation qui n'a pas, ou qui n'a plus, de cause:

Ulpianus, 76 ad ed., D. 44,4,2,3: *Circa primam speciem, quibus ex causis exceptio haec locum habeat, haec sunt, quae tractari possunt. Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit: licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur; dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere: et si cum interponeretur; iustum causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem.*

Enfin, la bonne foi ne permet pas à une partie de se fonder dans ses revendications sur un comportement incompatible avec sa conduite antérieure. Ainsi est de mauvaise foi, l'usufruitier qui accepte que le nu-propriétaire vende le fonds mais exige malgré tout qu'il continue à lui assurer le bénéfice de l'usufruit:

Ulpianus, 76 ad ed., D. 44,4,4,12: *Quaesitum est, si, cum fundi usum fructum haberem, eum fundum volente me vendideris, an vindicanti mihi usum fructum exceptio sit obicienda. Et hoc iure utimur; ut exceptio doli noceat.*

Il s'agit actuellement du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (ou le principe de cohérence en matière contractuelle). Ce principe est reconnu, entre autres, par le droit allemand ("Verwirkung")²⁴ et par les droits du "common law"²⁵. S'il n'est pas

24 L'adage *Non venire contra factum proprium* a permis à la jurisprudence de déduire une forme de déchéance ("Verwirkung"); D. Houtcieff, *Le Principe de cohérence en matière contractuelle*, Préf. de H. Muir-Watt, PUAM n° 943, 2001, p. 722. Voir *Terminologie* cit., p. 261, note 186: la jurisprudence allemande connaît de nombreuses illustrations, par ex.: un avocat ne peut réclamer plus, au titre de ses honoraires, que ce qu'il avait préalablement annoncé (BGHZ 18, 340); une personne ne peut se prévaloir d'une clause compromissoire devant une juridiction étatique après s'être opposée, au préalable, à l'arbitrage pour des raisons de compétence juridictionnelle (BGHZ 50, 191).

25 Recours au principe de l'*estoppel*, D. Houtcieff, *Le Principe de cohérence*, cit., p. 727; B. Fauvarque-Cosson, "L'estoppel du droit anglais", dans *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, M. Behar-Touchais (sous la direction de), 2001, p. 3; D. Mazeaud, "La confiance légitime et l'estoppel", *RIDC*, 2, 2006, p. 363. Voir *Terminologie*, cit., p. 261, note 188.

expressément prévu dans la loi française, il se dégage de l'analyse de la jurisprudence et de certaines dispositions législatives²⁶.

Voilà une série de situations où la bonne foi est manifestement bafouée. Mais il en est d'autres plus subtiles, où le juge doit user de toute sa marge d'action pour fonder sa décision.

Déjà, pour les juristes romains, le laxisme, la négligence peuvent confiner à la mauvaise foi, "toucher au dol". Il en va ainsi de celui qui s'est porté caution et a payé la dette d'un débiteur mais omet de l'en informer, ce qui conduit ce dernier à la régler une seconde fois. La caution n'a certainement pas essayé délibérément de porter préjudice au débiteur mais elle ne s'est pas souciée non plus d'assurer sa position. Ce type de comportement ne s'accorde pas avec les préceptes de la bonne foi. Comme le dit Ulprien, on est ici "*dolo proximum*" (D. 17,1,29,3), ou, plus précisément: "*dissoluta enim neglegentia prope dolum est*" (D. 17,1,29, pr.)²⁷.

Mais si ce cas ne soulève pas de difficulté, il y en a d'autres où l'appréciation de la bonne foi par le juge est plus complexe. Ainsi, un comportement témoignant d'une grave négligence peut difficilement être considéré comme répondant aux critères que l'on est en droit d'attendre d'une personne formée aux préceptes de la bonne foi. Selon Celse, par exemple, on doit considérer comme une violation de celle-ci, et donc un dol, le fait qu'un dépositaire soit plus diligent dans la gestion de sa propriété personnelle que dans celle des biens qui lui ont été remis à titre de dépôt:

Celsus, 11 dig., D. 16,3,32: *Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur: Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit*²⁸.

Il s'agit d'un point de vue à rapprocher de celui de Gaius à propos du contrat de société. Ce dernier avait déjà justifié pourquoi la responsabilité d'un associé est limitée au fait qu'il n'a pas agi avec la même diligence que dans la gestion de son propre bien, et ne permet pas de le poursuivre pour *culpa in abstracto*. Selon lui, le demandeur n'a qu'à s'en prendre à lui-même de ne pas avoir mieux choisi son partenaire:

Gaius, 2 cott. rer., D. 17,2,72: *Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque neglegentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet.*

Il s'agit donc d'une responsabilité limitée et ventilée.

26 Bull. civ. n 44, p. 48; D. Houtcierff, "Quelle sanction pour la contradiction?", *RLDC* n 18, 2005, pp. 5-9; D. Houtcierff, *Le Principe de cohérence*, cit; aussi Actes du Colloque organisé par le Centre de Droit des affaires de l'Université Paris V le 13 janvier 2000, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, (sous la direction de M. Behar-Touchais), 2001; voir *Terminologie*, cit., pp. 260 et s. et notes 183 et 184.

27 G. MacCormack, "The Liability of the Mandatary", *Labeo* 18, 1972, p. 159.

28 Plusieurs lectures se démarquent sur le sujet: H. Hausmaninger, "*Diligentia quam in suis*", dans *Festschrift für Max Kaser*, 1976, pp. 276 et s; F. M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, 1982, pp. 549 et s; D. Liebs, *Römisches Recht*, 1987, pp. 210 et s.

Mais la jurisprudence atteste de cas bien plus subtils encore, où le juge est incité à faire preuve de la plus grande rigueur dans l'appréciation de la bonne foi. Il en va ainsi pour l'acheteur d'une bibliothèque qui n'a contracté que sous condition qu'on lui fournit un endroit pour la placer et qui ne veut pas donner suite à son achat sous prétexte que cette condition n'a pas été remplie. Pour Ulpien, s'il n'a même pas fait l'effort de demander aux magistrats municipaux l'emplacement prévu, il peut être poursuivi pour manquement à la bonne foi:

Ulpianus, 11 *ad ed.*, D. 18,1,50: *Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. Ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur*²⁹.

On voit donc que l'appréciation par le juge du respect ou non de la *bona fides* lui laisse effectivement une bonne marge dans l'appréciation des responsabilités respectives du demandeur comme du défendeur, qu'il peut pondérer ou agraver selon les circonstances.

Il est vrai que la théorie de l'imprévision n'a pas été consacrée en tant que telle par le droit romain. Il n'empêche que tant l'*actio quanti minoris* que la *remissio mercedis* étaient des institutions du droit classique et post-classique qui permettaient au juge de réduire une prestation pécuniaire, due en raison de circonstances nouvelles ayant un impact sur l'objet du contrat. Par exemple, pour Servius, dans le contrat de bail à ferme agricole, ou *locatio conductio*, la difficulté d'exécution due à de graves intempéries doit entraîner la réduction ou la suppression du loyer pour une certaine durée:

Ulpianus, 32 *ad ed.*, D. 19,2,15,2: *Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait.*

On peut donc voir dans cette *remissio mercedis* une situation typique d'un changement de circonstances qui entraînait l'intervention du juge dans le contrat au titre de la bonne foi dans son exigence d'équité. Il faut reconnaître que de nos jours, en cette matière, le débat est plus doctrinal que judiciaire dans la mesure où les contrats contiennent fréquemment des clauses de "hardship" ou de "force majeure"³⁰. Dès lors, le contentieux est tari à la source.

Il faut, pour finir, changer de plan d'évaluation, quitter le domaine de ce que protège la bonne foi et dire un mot de ce qu'elle permet de créer. Nombreux sont les systèmes juridiques actuels qui incluent dans la fonction interprétative de la bonne foi celle de la création d'obligations complétives. On qualifie parfois en France ce phénomène de "forçage du contrat". Or, inclure la création d'obligations nouvelles issues de la bonne foi sous le couvert de l'interprétation revient en fait à combiner fonction interprétative

29 R. Knütel, "Zur sogenannten Erfüllungs und Nichterfüllungsfiktion bei der Bedingung", *Juristische Blätter*, 1976, p. 616; Idem, *Stipulatio Poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, 1976, p. 197.

30 P. Pichonnaz, "From *Clausula Rebus sic Stantibus* to Hardship: Aspects of the Evolution of the Judge's Role", *Fundamina* 17 (1), 2011, pp. 131 et s.

et fonction complétive, certains parlent même d’“interprétation complétive”³¹. Trouve-t-on à Rome les prémisses d’une telle démarche? Je pense que oui, dans une certaine mesure. Le jurisconsulte Paul, entre autres, en fournit plusieurs exemples, parmi lesquels je retiendrai celui-ci:

Paulus, D. 18,1,40,1: *In lege fundi aquam accessuram dixit. Quaerebatur, an etiam iter aquae accessisset? Respondit, sibi videri id actum esse: et ideo iter quoque venditorem tradere oportere.*

L’intention fictivement prêtée aux contractants aboutit à ajouter une nouvelle obligation à l’obligation primitive du vendeur³².

Ces quelques notations n’ont certes rien d’exhaustif mais elles appellent quelques observations, limitées à trois types de systèmes juridiques particulièrement représentatifs par leurs positionnements différents vis-à-vis de la notion de bonne foi.

Commençons par un système majeur, globalement favorable à la référence à celle-ci en matière contractuelle, celui de l’Allemagne. En droit allemand, le § 242 du BGB est réputé être une clause générale. La tentative de rationalisation ou d’objectivisation de la notion de bonne foi ressort de la méthodologie que les auteurs allemands ont adoptée et que l’on retrouve souvent sous la dénomination de “*fallgruppen*”. Il s’agit de déterminer les fonctions de la bonne foi et d’organiser les différents arrêts fondés sur elle – “*Treu und Glauben*” – en différents groupes. En somme, la base de la démarche de la doctrine allemande est aussi la jurisprudence qui, à Rome, a permis de dégager peu à peu, concrètement, les contours de la bonne foi, comme on vient de le constater à travers quelques exemples. Un système interne, (“*inner system*”) de la bonne foi est ainsi développé en Allemagne, qui vise à en déterminer le contenu³³.

Pour l’Angleterre, le constat doit être nuancé. De l’absence chez elle d’un principe général de bonne foi, il ne faudrait pas déduire celle de toute réminiscence du droit romain. A ce sujet, faut-il ressasser les réticences traditionnelles du droit anglais pour une référence générale à la bonne foi contractuelle, même sous la forme dissociée et complémentaire de “*good faith and fair dealing*”? Sans doute le droit anglais est-il attaché à la liberté contractuelle et à un certain autonomisme dans le domaine du contrat, mais ce constat global est loin de rendre compte de la réalité, fruit d’une incessante évolution. En attestent, entre autres, et doit-on s’en étonner, les multiples décisions sanctionnant des comportements attentatoires à ce que l’on qualifie ailleurs de bonne foi. Sur un autre plan, les *Regulations* par lesquelles sont transposées les Directives européennes sont probantes. Ces dispositions normatives, comme plusieurs décisions de justice sont

31 M.H. Wissink, “Interpretation”, dans *The Principles of European Contract Law; A Commentary*, D. Busch, E. Hondius, H. Van Kooten, H. Schelhaas, W. Schrama (éd.), 2002, pp. 242-257.

32 L. Levener, “Le forçage du contrat”, *Droit et patrimoine*, 58, 1998, p. 69; P. Stoffel-Munck, *L’abus dans le contrat. Essai d’une théorie*, 2000, p. 65.

33 *Terminologie*, cit., p. 220.

assez évocatrices de la référence croissante à la bonne foi, dans ces cas expressément qualifiée³⁴.

L'évolution française, qui pourrait représenter un "entre-deux", entre la faveur allemande pour la bonne foi et l'hostilité de principe déclarée du droit anglais, laisse perplexe.

Dans le Code civil de 1804, si l'influence des concepts et des techniques romains a été considérable, la bonne foi n'a pas reçu de véritable consécration. Il est patent que les rédacteurs du Code civil ne voulaient pas faire de celle-ci un principe général, transcendant la matière contractuelle. L'article 1134 n'a qu'une finalité interprétative des conventions et ne constitue qu'un outil entre les mains des juges. Sa portée est donc limitée. Cela s'explique notamment par la préférence donnée au principe de l'autonomie de la volonté, qui imprègne la pensée juridique du dix-neuvième et de la première moitié du vingtième siècle. Impliquant la force obligatoire du contrat et son intangibilité, il laisse peu de place à la bonne foi en tant que principe correcteur du droit.

Pour ce qui est de l'avenir, deux documents de travail reflètent assez bien les tendances actuelles du droit français, à savoir l'Avant-Projet de Réforme du Droit des Obligations et de la Prescription initié par P. Catala et l'Avant-Projet de la Chancellerie, qui a le même objet. Leur mise en regard témoigne du flou régnant en France sur le thème en question.

L'Avant-Projet Catala ne semble pas modifier sensiblement le statut de la bonne foi. Certes, désormais, plusieurs dispositions s'y réfèrent expressément³⁵, ou implicitement³⁶:

34 Ainsi en allait-il déjà des contrats *uberrimae fidei*, comme en témoigne la Section 17 du *Marine Insurance Act* de 1906, disposant qu' "a contract of marine insurance is a contract based upon the utmost good faith and if the utmost good faith be not observed by either party, the contract may be avoided by the other party". Plus récemment, les *Regulations* reprennent expressément le concept de bonne foi. Ainsi la Regulation 4 des *Commercial Agents Regulations* de 1993 porte que le "principal, in dealing with his agent is obliged to act dutifully and in good faith". La Regulation 5 prévoit pour sa part que les parties ne peuvent déroger à l'obligation de bonne foi. Dans le même esprit, *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999, transposant la Directive communautaire 93/13, rappellent dans leur article 5 la clause abusive selon laquelle "a contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer". On peut mentionner aussi, en 2000, *The Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000*, qui prévoient en leur article 7(2) que les informations doivent être fournies au consommateur "with due regard ... to the principles of good faith in commercial transactions". Dans la même veine, en 2001, un arrêt *Director General of Fair Trading v. First National Bank* [2002] 1 A.C. 481, [2001] 1 All E.R. 97 (H.L.) précise que "good faith was not an artificial or technical concept but connoted fair and open dealing, which required terms to be expressed fully and clearly ...". Voir *Terminologie*, cit., p. 271, n. 221.

35 Articles 1104 (L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi), 1106-1 (Le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la préférence, sous réserve des règles assurant la protection des tiers de bonne foi), 1120 (La représentation conventionnelle laisse au représenté l'exercice de ses droits, sous réserve de son devoir de loyauté envers son représentant), 1134, al. 3 (Les conventions légalement formées ... doivent être exécutées de bonne foi), 1176 (Les parties ont un devoir de loyauté dans l'accomplissement de la condition).

36 Articles 1110 (Celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner ...), 1113-1 (Constitue

il n'en demeure pas moins qu'elle ne constitue toujours pas un véritable principe fondateur. Du reste, contrairement à la Cour de cassation, l'Avant-Projet ne fonde pas la renégociation judiciaire sur l'exigence de bonne foi ni n'encadre les clauses résolutoires expresses par le recours à cette notion. Surtout, l'absence de disposition générale sur l'exigence de bonne foi dans le chapitre sur la validité du contrat est patente.

L'Avant-Projet de la Chancellerie, beaucoup plus ouvertement perméable dans ce domaine aux influences communautaires, adopte une démarche fort différente: en effet, selon son article 18: "Chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi". Ainsi, la loyauté contractuelle, déjà présente à travers l'obligation d'exécution de bonne foi prévue par le Code civil, y est aussi consacrée à travers un principe directeur de bonne foi. L'observation mérite d'autant attention que ce dernier Avant-Projet entend évacuer la notion de cause, ce palladium du droit français. Il a tenté, dans un premier temps, de la remplacer par celle d'"intérêt au contrat", ce qui a soulevé un concert de protestations et a été considéré comme une modification strictement artificielle se résumant à un changement de terme. Mais le fait demeure: une partie de la doctrine française considère qu'en réalité la cause contractuelle recoupe largement, par certaines de ses applications et de ses évolutions jurisprudentielles, des pans du domaine couvert ailleurs par la bonne foi; d'où l'intérêt, au-delà du patriotisme juridique largement invoqué, de maintenir la cause en tant que garante essentielle de la "morale" contractuelle.

Finalement, en Europe, la plupart des institutions contractuelles sont la transcription de concepts romains, et la bonne foi n'y fait pas exception. A Rome, l'apparition des contrats consensuels de bonne foi ainsi que l'accroissement corrélatif des pouvoirs du juge ont été progressifs. Peut-être est-ce en raison de sa malléabilité, de son absence de définition spécifiquement juridique, que la bonne foi a contribué à la création de figures contractuelles incontournables et à façonner une véritable "moralité contractuelle".

Aujourd'hui, malgré les différences terminologiques et l'existence de concepts juridiques concurrents, les droits nationaux convergent vers un accroissement de son rôle. L'harmonisation du concept à l'échelle européenne n'est pas une simple fiction et apparaît nécessaire pour satisfaire les besoins des opérateurs économiques. Par ailleurs et, *mutatis mutandis*, c'est une démarche que l'on rencontre déjà à Rome, ses promoteurs ne semblent pas viser à la substituer systématiquement aux spécificités nationales (*ius gentium!*) mais à regrouper en son sein des mécanismes proches, déjà utilisés dans les Etats membres et visant à assurer la pérennité du contrat. Dans cette perspective, cet héritage romain a certainement de l'avenir, fut-ce à long terme³⁷.

également un dol la dissimulation intentionnelle par un contractant d'un fait qui, s'il avait été connu de son cocontractant, l'aurait dissuadé de contracter, au moins aux conditions convenues), 1135-1 (La partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation. 3 Le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre 1er du présent titre. Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage).

³⁷ S. Rosala, *La Place de la bonne foi du droit romain aux droits européens contemporains*, Master 2 de Droit des Contrats, Université Paris-Sud, 2013, p. 39.

Abstract

Good faith is one of the key elements of the Roman law of obligations, whose implementation rests essentially on *actiones bonae fidae*. Despite the important contribution that the concept of *bona fides* made to the law in ancient times, particularly in the field of contracts, its reception has been extremely varied. Adopted to a large extent by the German civil law and its adherents, it has not been fully received in French law, as may be seen in the French Civil Code of 1804, nor in English law, which refuses to recognise it as a concept. Moreover, some doctrines remain hostile to it, considering the principle to be too vague to be useful. However, it seems that the concept of *bona fides* has regained some importance, especially in European community law as well as in draft legislation, as in France for example. This contribution focuses on *bona fides* in Roman jurisprudence as a point of reference for developments in contemporary European lawmaking.