

# La bonne foi dans la relation contractuelle du banquier avec son client

## Intervention de Bénédicte Bury

**Avocat à la Cour, Président de la Commission ouverte de droit bancaire du Barreau de Paris**

### L'EXIGENCE DE RÉCIPROCITÉ

**I**l m'a été demandé, afin d'alimenter une réflexion sur la bonne foi, d'apporter quelques éléments tirés de la relation du banquier et de son client. Cette relation est celle d'un professionnel avec un client plus ou moins averti des contrats qui lui sont offerts et qu'il sollicite. C'est donc nécessairement l'une de ces relations bilatérales pour lesquelles il est apparu important de rétablir un équilibre qui faisait défaut à raison de ce qu'il est convenu d'appeler une asymétrie d'information.

Pour un juriste français ou continental, l'exigence de bonne foi n'est cependant pas un apport du droit de la consommation puisqu'il convient de ne pas oublier son origine romaine et l'article 1134 de notre Code civil bicentenaire – qui dispose que « *les conventions doivent être exécutées de bonne foi* » –, bien antérieurs à l'apparition du droit de la consommation.

Il n'est pas aujourd'hui inopportun de souligner que cette notion de *bona fides* est très importante pour le juriste allemand (notion de *treu und glauben*), et que s'il est souvent affirmé qu'elle n'existe pas en *Common Law*, la notion de *good faith* qui n'était pas tout à fait ignorée, a bien été, sinon introduite, du moins développée par l'effet du droit communautaire.

La place qu'on donne aujourd'hui à la bonne foi en droit français d'abord, dans les pays civilistes ensuite, notamment dans le Code civil du Québec où lui est assigné un rôle central (1), dans les principes européens (2) et dans le projet de droit des

contrats enfin, « *doit sans doute quelque chose à l'esprit du droit de la consommation* » (3).

De fait, il n'est pas inintéressant de relever que la bonne foi occupait une place plutôt discrète dans les ouvrages du droit des contrats et qu'un mouvement important s'est développé jusqu'à s'interroger, comme Denis Mazeaud, sur le point de savoir si « *loyauté, solidarité et fraternité* » n'était pas la nouvelle devise contractuelle (4).

Certains auteurs vont même jusqu'à souhaiter que le contrat devienne, au-delà de la nécessaire coopération entre les contractants, un véritable acte de solidarité, « *presqu'un acte d'amour et d'abnégation au profit de l'autre contractant* » (5).

Peut-être que, sans aller jusque-là, c'est-à-dire au-delà de l'objectif de moralisation généralement assigné à cette notion, lorsque l'on cherche à déterminer le contenu de la bonne foi, dans la relation contractuelle qu'entretient le banquier avec son client, on y trouve principalement des obligations mises à la charge des professionnels (6).

Il en est ainsi des obligations de renseignements et d'informations, de l'obligation de mise en garde destinée à satisfaire l'exigence d'un consentement éclairé, du devoir de loyauté, de l'obligation de coopération ou de l'obligation d'adaptation du contrat. Toutes ces obligations ont « *à voir* » avec la bonne foi (7) (8).

La règle de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil dans laquelle apparaît expressément le terme de « *bonne foi* », a été mise en œuvre comme règle substantielle, et non de simple interprétation, imposant au contractant d'exécuter de bonne foi ses obligations, c'est-à-dire d'observer, vis-à-vis de l'autre, un comportement loyal et honnête dépourvu de malice (9), de ruse, de malinésie.

(1) E. Mackaay, V. Leblanc, N. Kost de Sèvres, E.S. Darankoum, L'économie de la bonne foi contractuelle, in Mélanges J. Pineau, Montréal, éditions Thémis, 2003 ; P.-G. Jobin, La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil du Québec : quelle modernité ?, Rev. int. dr. comp. 49, 53, 2000 ; V. aussi J.-L. Baudouin, Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois, in Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Études J. Ghestin, LGDJ 2001, p. 29 et s.

(2) G. Rouhette, Principes du droit européen du contrat, Droit privé comparé et européen, Soc. de législation comparée, p. 72 et s. ; J. Mestre, Bonne foi, Dossier Principes du droit européen du contrat, n<sup>o</sup> 114, Droit & Patrimoine, 2003 ; D. Mazeaud, Un droit européen en quête d'identité, Les principes du droit européen des contrats, Dalloz 2007, p. 2959 et s., spécialement n<sup>os</sup> 15 et s.

(3) Les principes européens du droit des contrats et le droit de la consommation, J. Beauchard in Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Étude de droit de la consommation, Dalloz, 2004, p. 58 et s.

(4) D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in L'avenir du droit. Mélanges F. Terré, Dalloz, PUF, Librairie technique 1999, p. 605 ; V. aussi J. Cédras, Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation, Rapport annuel de la Cour de cassation 2004.

(5) D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, op. cit. ; Ch. Jamin, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Études J. Ghestin, LGDJ 2001, p. 441 et s.

(6) Ph. le Tourneau et L. Cadet, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2000/2001, n<sup>os</sup> 2985 et s.

(7) Ph. le Tourneau classe ces obligations sous le titre d'« obligations de bonne foi », in Responsabilité des vendeurs et des fabricants, Dalloz, Coll. Droit de l'entreprise, 2001, n<sup>os</sup> 245 et s.

(8) J. Beauchard, op. cit.

(9) Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, préface Couturier, LGDJ, 1989.

Parmi les éléments de réflexion qui nous sont apparus pouvoir être mis en exergue, il en est deux qui nous ont semblé permettre aujourd'hui de servir l'orientation de cet exposé :

– premièrement, la notion même de bonne foi est « *entachée d'une irréductible incertitude et d'un incompressible subjectivisme* » <sup>(10)</sup> ;

– deuxièmement, la bonne foi est, si l'on peut dire, bilatérale : chaque contractant est en effet tenu de s'en inspirer, quelle que soit sa position dans le contrat <sup>(11)</sup>.

Dans ce rapport professionnel/moins sachant, si certaines obligations pèsent sur le premier à raison de son savoir, la bonne foi est exigée de tout contractant : elle est nécessairement réciproque. C'est pourquoi nous avons choisi de vérifier comment la bonne foi, dans cette relation du professionnel avec son client – emprunteur, investisseur, candidat à l'assurance-vie placement – est exigée de chacun des cocontractants. Ce choix permettra peut-être de contribuer un peu à mettre en lumière la force et les limites de cette notion, de s'interroger sur son rôle et son contenu.

Nous verrons à travers quelques exemples l'exigence de réciprocité dans le cadre de la période pré-contractuelle (I), puis dans le cadre de l'exécution (II) et enfin de la cessation de la relation contractuelle (III).

## I. L'EXIGENCE DE RÉCIPROCITÉ DE L'OBLIGATION DE BONNE FOI DANS LA RELATION PRÉCONTRACTUELLE

Parallèlement au jeu de la bonne foi sur le terrain de l'exécution, la jurisprudence française, en l'absence de support d'un texte, a développé l'exigence de bonne foi sur le terrain de la formation du contrat, notamment par la sanction d'un « manquement à la bonne foi » à travers l'annulation du contrat pour réticence dolosive, qui a connu un développement considérable destiné à rétablir le fameux déséquilibre cognitif.

Ceci avant que l'on ne connaisse le développement d'une législation consumériste qui vise à préciser de plus en plus minutieusement les obligations pesant sur le professionnel, essentiellement en termes d'information et de mise en garde pendant cette période, afin d'assurer les conditions d'un consentement éclairé.

## 1 – Bonne foi, équilibre objectif, bonne conduite : autant de sources, autant de confusions ? <sup>(12)</sup>

Il a pu être souligné récemment par l'avocat général Maynial que le débat sur l'octroi d'un crédit excessif trouverait ses limites dans le contenu et la portée de l'obligation de mise en garde, sorte de garde fou, d'outils de prévention douce puisque, par définition, le client peut passer outre. La demande *a posteriori* de protection devrait se comprendre au travers de la notion sous-jacente de bonne foi <sup>(13)</sup>.

Les obligations de l'une et de l'autre partie sont symétriques, ce qui signifie logiquement que l'emprunteur professionnel, qui attend de son banquier des conseils, y compris sous la forme d'une mise en garde, doit agir de bonne foi s'il entend se réserver le droit de rechercher ultérieurement sa responsabilité.

C'est ainsi qu'il est souligné que lorsqu'il recourt au crédit pour maintenir, voir développer son activité, l'emprunteur doit « *contribuer à l'information du banquier tant sur la nature exacte du crédit sollicité et sur ses prévisions de retour sur investissement que sur ses capacités de financement, dans la mesure bien évidemment où celui-ci demande des précisions, un peu à l'image du dialogue entre le médecin et son patient* ».

L'emprunteur a une obligation de bonne foi et c'est dans la mise en place des crédits que le banquier sera alors en mesure d'apprécier le caractère éventuellement profane de l'emprunteur.

C'est pourquoi d'ailleurs il était ainsi préconisé de renforcer l'unification de la jurisprudence des Chambres par l'adoption du critère d'« emprunteur professionnel » auquel s'attache une présomption d'« emprunteur averti », et de celui d'« emprunteur non professionnel », auquel s'attache la présomption d'« emprunteur profane », étant précisé que c'est essentiellement le second qui a besoin d'être protégé.

La distinction entre « emprunteur averti » et « emprunteur non averti » ainsi simplifiée et confortée par une présomption, améliorerait la quête de renseignements de la part du banquier.

Ce rapport précise d'ailleurs qu'elle permettrait de mieux mettre en évidence la bonne foi, un peu à l'image des procédures de prudence mises en place par l'organisme Tracfin pour lutter contre le blanchiment d'argent. Il s'ensuivrait selon lui qu'une fois établie la défaillance de l'emprunteur, la res-

(10) J. Ghestin, Les effets du contrat, l'effet obligatoire du contrat, LGDJ, p. 315 et s.

(11) J. Mestre, Bonne foi, revue Droit et patrimoine, avril 2003, n° 114.

(12) Sur le rapport Bonne foi, notion subjective : J. Ghestin, L'effet obligatoire du contrat, p. 315, note 6 : renvoi à J.-P. Chazal, Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ?, La nouvelle crise du contrat, Jamin-Mazeaud, Dalloz 2003 ; « Qui n'a jamais prétendu à une telle pure objectivité desdits concepts ? ». C'est évidemment une question de mesure et de degré. Au demeurant, l'auteur lui-même (Chazal), pour promouvoir l'instrument de la bonne foi, lui fait subir une profonde mutation en la ramenant à la notion « d'équilibre contractuel », ce qui est assurément beaucoup plus objectif, mais aussi très différent ».

(13) Rapport, chambre mixte, arrêts n°s 255 et 256 du 29 juin 2007.

ponsabilité du banquier, et par voie de conséquence, la protection due à l'emprunteur non averti, dépendraient plus nettement qu'aujourd'hui de la façon dont les parties se sont acquittées de leur devoir respectif de bonne foi.

Cependant, il y a lieu de constater que toutes les décisions rendues sur l'obligation de mise en garde précontractuelle à la charge du banquier à l'égard du consommateur, destinées à compenser une asymétrie d'information, ne visent pas la bonne foi, ni l'article 1134 du Code civil, d'ailleurs réservé à l'exécution du contrat, mais se réfèrent à des obligations d'information et de mise en garde pesant sur le professionnel à l'égard de l'emprunteur non averti.

Le travail d'harmonisation de la jurisprudence des différentes chambres de la Cour de cassation<sup>(14)</sup> – sur lequel nous ne reviendrons pas ici – a permis de parvenir à cette formule aujourd'hui consacrée :

*« En se déterminant par de tels motifs quand il lui incombait de rechercher si M<sup>me</sup> X était, ou non, avertie, et, dans la négative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à son égard lors de la conclusion du contrat d'ouverture de crédit, la banque justifiait avoir satisfait à cette obligation en considération des capacités financières de M<sup>me</sup> X et des risques de l'endettement né de l'octroi de l'ouverture de crédit, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale ».*

Ces décisions sont d'ailleurs rendues sur le fondement de l'article 1382 du Code civil en ce qu'il s'agit d'une faute, laquelle ne concerne plus expressément la bonne foi dans l'exécution du contrat, qui n'est d'ailleurs pas visée. Il s'agit du manquement par un professionnel, ici le banquier, à des obligations pesant sur lui, de plus en plus précises, spécifiées par une réglementation, voire par les usages de la profession, les bonnes pratiques, dont le régime juridique suscite certaines interrogations sérieuses.

La jurisprudence s'est ainsi développée abondamment sur les obligations pesant sur le banquier professionnel, et a ainsi mis à sa charge un devoir de mise en garde dans lequel on ne voit plus apparaître expressément la notion de bonne ou de mauvaise foi.

Le banquier peut, de très bonne foi, faire preuve d'une négligence qui sera sanctionnée au titre du manquement à l'obligation de mise en garde, sans qu'il y ait de mauvaise foi de sa part, et sans que ne pèse d'ailleurs sur le cocontractant client l'obligation d'établir cette mauvaise foi.

(14) B. Bury, RDBF, mai-juin 2007, p. 67 et s.

## 2 – La réciprocité exigée de l'emprunteur et la "réanimation" de la notion de bonne foi

C'est peut-être dans l'obligation d'information qui pèse sur l'emprunteur – moins expressément développée par le législateur, à raison d'une asymétrie d'information posée en postulat – que ressurgit l'exigence de bonne foi, dont l'acception classique est ainsi réanimée.

Il n'est en effet pas rare que l'on reproche à une partie d'avoir manqué de bonne foi en ne transmettant pas, de manière spontanée, telle information qu'elle savait capitale pour son cocontractant, lequel, de son côté, l'ignorait légitimement.

Ainsi, l'emprunteur est de mauvaise foi lorsqu'il ne transmet pas une donnée relative à sa santé physique ou financière, dès lors qu'une telle information était de nature à permettre à l'établissement prêteur d'apprécier sa capacité à faire face à ses engagements, étant précisé qu'il n'y a pas lieu de confondre l'information erronée et la mauvaise foi de l'emprunteur, pas plus d'ailleurs que cette confusion n'a lieu d'être pour ce qui concerne le banquier<sup>(15)</sup>.

La jurisprudence a déjà, à de nombreuses reprises, refusé de retenir la responsabilité de l'établissement prêteur qui s'était fondé, pour accorder son concours, sur les informations fournies par l'emprunteur, qu'il s'agisse de sa situation financière ou de renseignements erronés en vue d'adhérer à une assurance groupe couvrant les risques liés à son état de santé ou à la perte de son emploi.

Il a encore été récemment jugé que l'emprunteur, qui dissimule au banquier l'existence de prêts en cours de remboursement, ne peut lui reprocher d'avoir manqué à son devoir de mise en garde.

La Cour de cassation a notamment refusé de retenir le manquement du prêteur à son devoir de « conseil », jugeant qu'il ne pouvait être reproché à ce professionnel de ne pas avoir attiré l'attention de son client sur le fait qu'il est malhonnête d'essayer de tromper une compagnie d'assurances<sup>(16)</sup>, la Cour estimant que « nul ne saurait voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas rappelé, à une autre partie, le principe de bonne foi qui s'impose en matière contractuelle »<sup>(17)</sup>.

La Cour de cassation a également pu prendre position sur la mauvaise foi de l'emprunteur, même non averti, à raison d'une rétention volontaire d'information.

Les juges du fond s'étaient déjà prononcés en refusant nettement que, dans une telle hypothèse,

(15) J. Attard, L'influence nécessaire du devoir de bonne foi à charge de l'emprunteur sur son devoir d'information, notes sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 avril 2007, Les Petites Affiches n° 255 du 21 décembre 2007, p. 13.

(16) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 novembre 1997, RGDA 1998, p. 108 ; v. aussi G. Durry, Bonne foi et assurance : la bonne foi dans la déclaration du risque, colloques de la Cour de cassation, www.courdecassation.fr

(17) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-18.737, Bull. civ. n° 101, p. 67.



l'emprunteur puisse invoquer un manquement du banquier à son devoir de conseil.

La première chambre civile, dans une décision rendue le 30 octobre 2007, a pu préciser qu'aucun manquement à son devoir de mise en garde ne peut être reproché à la banque dès lors que les éléments d'information que l'emprunteur a porté à sa connaissance, sur demande de celle-ci, « sont compatibles » avec le crédit octroyé. Il a ainsi pu être relevé que l'appréciation de la « compatibilité » devait se faire non plus au regard de la capacité d'endettement réelle, mais se limiter à celle de l'endettement présenté.

C'est la déloyauté, et donc la mauvaise foi de l'emprunteur qui fonde ici la solution, mais la déloyauté exonératoire serait cependant relative puisqu'elle serait réduite à celle « que la banque ne pouvait normalement déceler », ce qui laisserait entendre que si la banque avait des raisons de suspecter la mauvaise foi de l'emprunteur, elle ne serait pas dispensée de mettre en garde ce dernier. Il a pu être souligné qu'ainsi, il était permis de penser que l'adage *nemo auditur turpitudinem allegans* serait encore à la disposition du banquier dans cette situation (18).

### 3 – La sanction de la bonne foi au travers du dol par réticence, et la révélation de son caractère completif

Si la bonne foi ne paraît pas nécessairement fonder le rééquilibrage du contrat en termes d'information, en revanche, la déloyauté d'un établissement de crédit peut être sanctionnée à travers la théorie du dol, qui peut découler de l'élargissement prétorien de l'article 1116 du Code civil à la réticence dolosive.

Il ne fait plus aucun doute que le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de ce dernier, l'aurait empêché de contracter.

La première chambre civile de la Cour de cassation avait déjà pu expressément fonder la réticence dolosive dans le contrat de vente sur l'existence d'une obligation d'information, et la chambre commerciale a continué, notamment en matière de cautionnement, d'adopter une conception classique du dol fondée sur la mauvaise foi, ce qui suppose qu'elle soit établie.

La formule employée est d'ailleurs très éclairante : « Manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution, l'incitant ainsi à s'engager ».

(18) R. Routier, JCP éd., n° 24, 12 juin 2008, p. 1768.

Depuis 1989, la Cour de cassation a renforcé la portée symbolique de la solution consistant à sanctionner par la nullité du contrat pour dol, le comportement du créancier qui omet de porter à la connaissance de la caution la situation financière gravement obérée du débiteur, en la rattachant expressément à l'obligation de contracter de bonne foi (19).

Dans la conception classique, la réticence dolosive consiste à ne pas exécuter intentionnellement une obligation d'informer préexistante ; nombre d'arrêts récents dans diverses matières et assignant une importance accrue à la bonne foi dans la formation du contrat, ont estimé que chacun est spontanément débiteur d'une obligation d'informer et de déterminer le consentement de l'autre.

La réticence dolosive est alors caractérisée dès lors que l'information n'est pas donnée, et rend toujours excusable l'erreur provoquée.

Le raisonnement n'était guère éloigné en matière de cautionnement où la bonne foi est apparue devenir une obligation autonome (20).

L'élément intentionnel est clairement présent : la banque, par son silence sur la situation du cautionné – qu'elle connaissait et qu'elle aurait dû révéler dans un souci d'honnêteté – incite la caution à s'engager, sachant parfaitement qu'elle ne le ferait sans doute pas si elle connaissait l'information que la banque lui dissimule.

Il a même pu être estimé que la clause insérée dans le contrat de cautionnement est une sorte de preuve de la mauvaise intention de la banque, et partant de sa mauvaise foi, lorsque la caution indique qu'elle ne fait pas de la situation du cautionné la condition déterminante de son engagement. Il y aurait alors une sorte de « présomption de mauvaise foi » du créancier (21), et ce qui apparaîtrait importer alors principalement serait de sanctionner un comportement abusif et dolosif de la banque, c'est-à-dire l'élément intentionnel qui provoquerait l'erreur chez l'autre cocontractant.

La jurisprudence avait pu également fonder sur un manquement à l'obligation de bonne foi, la nullité d'un engagement souscrit par des cautions dirigeantes.

Lorsqu'il était avéré que l'engagement était manifestement disproportionné aux capacités financières de la caution, il avait pu être relevé qu'il était malaisé de savoir si le préjudice subi par la caution était constitué par le seul fait de la disproportion, autrement dit si le *quantum* du préjudice n'était autre que le *quantum* de la disproportion ou si le

(19) E. Mazuyer, Dol du créancier : réticence dolosive et manquement à l'obligation d'information, Dalloz 2004, p. 262, et C. Vuillemin-Gonzalez, La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi, Dalloz 2001, p. 3338.

(20) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mai 1995.

(21) G. Loiseau, JCP, 2003, I, n° 170.

préjudice réparé comprenait, en outre, un dommage spécifique correspondant au manquement du créancier à la bonne foi ou à la loyauté dans le choix du partenaire contractuel.

La Cour d'appel a légalement justifié sa solution, par ce seul motif qu'« *a manqué à son obligation de contracter de bonne foi* » un cautionnement le banquier qui savait la situation de son débiteur irrémédiablement compromise et qui a laissé la caution dans l'ignorance de ce fait (22). Il s'agissait de sanctionner la « disproportion manifeste » entre l'engagement de la caution et sa situation patrimoniale alors qu'en effet, l'existence d'un principe autonome de proportionnalité apparaissait discutée, disproportion dès lors jugée par la Cour exclusive de la bonne foi exigée du créancier. Cependant, la chambre commerciale, le 8 octobre 2002, dans l'arrêt Nahoum, a remis en cause ce « principe de proportionnalité » en droit du cautionnement, les cautions, dirigeants sociaux de la société cautionnée (23), devant, afin d'obtenir une indemnisation, démontrer que le créancier « *aurait eu sur ses revenus, son patrimoine et sa faculté de remboursement raisonnablement prévisible, des informations qu'elle-même aurait ignorées* ». Or, cette démonstration est extrêmement difficile pour une caution avertie.

Il n'en demeure pas moins que la caution dirigeante peut se prévaloir d'un dol commis par un établissement de crédit dans l'octroi d'un prêt ou démontrer que, par suite de circonstances exceptionnelles, elle ignorait des informations dont il est établi que le banquier les détenait, et c'est dès lors un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi à l'égard des cautions qui est retenu.

Il reste que la caution dirigeante peut faire sanctionner un manquement à l'obligation de bonne foi par la voie de la nullité de l'engagement pour dol ou une action en responsabilité lui permettant d'obtenir des dommages et intérêts réduisant le montant des sommes dues au titre de son engagement de caution. C'est ce qui résulte notamment des décisions qui ont été rendues dans des affaires de crédit-bail dans lesquelles le créancier dispose d'un rapport, par exemple du franchiseur, permettant d'attirer l'attention des cautions sur les risques qui ont sérieusement atteint la potentialité de la réussite financière de l'opération, et dont celles-ci n'auraient pas eu connaissance.

Ce n'est que dans l'hypothèse de manœuvres dolosives avérées qu'une solution contraire est possible. Là aussi cependant cette « réanimation » comporte son lot d'incertitudes.

N'arrive-t-il pas que soit retenue, comme ici, la

(22) Cass. com., 17 juin 1997.

(23) J. Cédras, Le solidarisme contractuel en doctrine est devant la Cour de cassation, op. cit.

faute du crédit bailleur qui n'a pourtant pas cherché à tromper son cocontractant, mais ne pouvait cependant ignorer l'absence totale de viabilité du projet et apparaît s'être couvert contre la faillite prévisible en sollicitant le cautionnement des dirigeants ?

Il a pu être relevé que ce ne serait pas tant le reproche au crédit bailleur d'avoir sollicité le cautionnement personnel des dirigeants, mais d'avoir agi en toute connaissance de cause et de préserver les partenaires à venir d'une entreprise condamnée par avance contre celui qui savait ce qui allait arriver et qui a créé les conditions de la catastrophe, la demande de cautionnement constituant alors très classiquement le « signal de sa mauvaise foi » (24).

La disproportion de l'engagement est aujourd'hui sanctionnée par le législateur de manière autonome, et distincte de toute référence à la bonne foi. Comme le rééquilibrage du niveau de connaissance, le rééquilibrage des engagements par rapport aux ressources, patrimoine... est objectivement exigé et sanctionné ; nul besoin alors de recourir à la notion subjective de bonne foi.

Ne ressort-il pas de ce qui précède, sur cette exigence de réciprocité de la bonne foi précontractuelle, que la bonne foi a pu jouer un rôle essentiellement complétif et que sa sanction s'impose lorsqu'elle est absente, mais qu'une fois que des comportements précis ou normes comportementales spécifiques sont édictés, elle disparaît pour reprendre une acception plus « traditionnellement subjective » ?

## II. L'EXIGENCE DE RÉCIPROCITÉ DE L'OBLIGATION DE BONNE FOI DANS L'EXÉCUTION DU CONTRAT

On retrouve, dans l'exécution et dans la cessation du contrat, la bonne foi qui consiste pour chacune des parties à ne pas surprendre la confiance qu'elle a suscitée en contractant. Cette prévisibilité est au cœur du contrat, spécialement lorsque le lien contractuel doit durer.

Or, le rapport contractuel qu'entretient le banquier avec son client s'installe souvent dans la durée.

### 1 – La bonne foi du débiteur imposée par le législateur

Nous citerons ici l'exigence de bonne foi du débiteur, au cœur de la procédure de surendettement et qui a provoqué une jurisprudence abondante.

L'article L. 331-2 du Code de la consommation subordonne en effet la mise en œuvre de la procédure de traitement de l'endettement excessif de particuliers à « *l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble*

(24) C. Champaud, D. Danet, note sous Cass. com., 23 juin 1998.

*de ses dettes non professionnelles, exigibles et à échoir ».*

C'est bien ici l'absence de bonne foi, et donc la mauvaise foi, qui doit être appréciée conformément au principe du droit commun ayant traditionnellement son siège dans l'article 1268 du Code civil, la bonne foi se présument : la Cour de cassation a eu plusieurs fois l'occasion de préciser que c'est à la Commission de surendettement ou au créancier qu'il appartient d'établir que le débiteur est de mauvaise foi, même si l'appréciation de cet élément subjectif relève du pouvoir souverain des juges du fond.

La Cour de cassation, à l'occasion de décisions récentes, a pu sanctionner le juge de l'exécution d'avoir déclaré irrecevable la demande de traitement de la situation de débiteur, après avoir relevé que par deux précédents jugements, leurs demandes avaient été déclarées irrecevables, sans tenir compte, au jour où il statuait, de ce que les débiteurs avaient vendu leur maison et que les fonds disponibles allaient être prochainement répartis.

Autrement dit, il est rappelé ici que la bonne foi est une notion dynamique et évolutive que le juge de l'exécution peut être amené à réexaminer à différents stades de la procédure, à la lumière des circonstances de la cause, sans se contredire. Un débiteur de mauvaise foi peut devenir de bonne foi et inversement.

Comme l'ont affirmé plusieurs juridictions du fond, la bonne foi peut être contestée à tout moment de la procédure, même après l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel <sup>(25)</sup>.

Il est classique que la sanction de l'excès lui fasse précisément perdre la faculté, voulue comme exceptionnelle, par le législateur.

En matière de clause pénale, la mauvaise foi du débiteur qui rompt délibérément la loi contractuelle, l'empêche de prétendre à la réduction judiciaire de la pénalité pourtant objectivement « manifestement excessive » au sens de l'article 1152, alinéa 2 du Code civil.

C'est la même logique que suit le droit du surendettement des particuliers où la loi réserve le bénéfice des mesures destinées à lutter contre l'endettement excessif des particuliers au seul débiteur de bonne foi, la bonne foi supposant d'une part, que le débiteur ait sincèrement soumis à la Commission tous les éléments actifs et passifs de sa situation (bonne foi procédurale) <sup>(26)</sup> et, d'autre part, que l'appréciation même de son état de surendettement ne soit pas imputable à un comportement de mauvaise foi (bonne foi contractuelle).

<sup>(25)</sup> Revue des procédures collectives, n° 4, décembre 2007.

<sup>(26)</sup> D. Mancel, Bonne foi du débiteur et analyse nouvelle de sa situation en matière de surendettement, Lexbase N9800AIS.

La punition du comportement déloyal consiste alors dans l'impossibilité pour le contractant de tirer avantage de ses droits <sup>(27)</sup>.

### *Quelques exemples*

#### *– La mauvaise foi lors de l'endettement*

La mauvaise foi résulte généralement d'une volonté délibérée du débiteur de se placer dans une situation de surendettement ou d'un comportement emprunt de légèreté.

La mauvaise foi d'un débiteur a été considérée comme manifeste dès lors qu'il était établi qu'il avait volontairement caché sa situation pour contracter de nouveaux prêts.

De même, le caractère somptuaire de certaines dépenses a été retenu comme une expression de sa mauvaise foi.

#### *– Le comportement lors de la procédure*

Le débiteur doit avoir un comportement honnête et clair et ne rien dissimuler de sa situation à la Commission lors du dépôt de son dossier de surendettement. S'il fait de fausses déclarations ou remet des documents tronqués ou inexacts afin de tromper la Commission sur sa situation, il encourt la déchéance procédurale.

Par ailleurs c'est le lieu de souligner que l'appréciation de la bonne foi, notion subjective, est personnelle et ne saurait générer de solidarité ainsi qu'il résulte de la jurisprudence récente par laquelle la Cour de cassation a sanctionné les juges du fond pour avoir déclaré irrecevable la demande formée par un couple de débiteurs au motif de la mauvaise foi de l'époux sans se prononcer sur la bonne foi de l'épouse <sup>(28)</sup>.

## **2 – L'exigence de bonne foi et sa réciprocité à travers la jurisprudence**

### *a – Les obligations de bonne foi du banquier : devoir de coopération ; obligation de minimiser le dommage ; interdiction de se contredire*

Le créancier est tenu par exemple envers la caution de rendre définitivement efficace la sûreté dont il dispose par ailleurs.

Il a pu être relevé qu'au plan théorique, les décisions qui mettent ainsi à la charge du créancier cette obligation traduisent une évolution du fondement du bénéfice de subrogation dans le cadre du cautionnement.

<sup>(27)</sup> D. Bakouche, La bonne ou la mauvaise foi dans la mise en œuvre des mesures de traitement du surendettement des particuliers, Lexbase N7260A9R.

<sup>(28)</sup> Cass. com., 7 juin 2007, Revue des procédures collectives, n° 4, préc. ; v. aussi R. Cabrillac in Jean Calais-Auloy, Études au droit de la consommation, condition d'ouverture d'une procédure de surendettement des particuliers et couples mariés, p. 224. Cette solution évite également, comme il a pu être relevé, de se poser la question d'une éventuelle irrecevabilité partielle de la demande rencontrée à propos de l'exclusion d'un des conjoints du bénéfice de la procédure pour des raisons tenant à l'exercice d'une activité professionnelle : Dans l'hypothèse où les deux époux sont de mauvaise foi, la demande doit être rejetée dans son intégralité, dans les autres hypothèses, elle doit être admise dans son intégralité.



Comme le souligne l'avocat général Dominique Legeais dans son rapport en vue de la décision rendue le 17 novembre 2006 par la chambre mixte, il est permis d'y voir une application du devoir de bonne foi auquel est tenu tout créancier.

Certains y voient également une application du devoir de collaboration qui en découle aussi.

Plus généralement, il s'agit d'un nouvel équilibre du droit du cautionnement puisque le créancier doit toujours prendre en compte les attentes de la caution et préserver ses intérêts.

On retrouve ici l'idée de minimisation du dommage que pourrait subir le cocontractant.

Au plan pratique, comme l'avocat général l'avait relevé, les décisions qui ont été rendues le 17 novembre 2006 par la chambre mixte permettaient d'appliquer la solution par analogie à d'autres hypothèses, dont certaines ne font pas de doute – comme le cas de l'obligation d'exercer la faculté d'attribution judiciaire d'un gage – mais d'autres sont peut-être moins évidentes.

Le créancier pourra être fautif s'il néglige de transformer une promesse d'hypothèque en hypothèque définitive ou s'il néglige de notifier une cession Dailly<sup>(29)</sup>.

On sait par exemple que la notification, dans la cession de créances professionnelles, est une faculté, c'est-à-dire une liberté incluant le droit de faire ou de ne pas faire. Il s'en déduit qu'elle n'est pas une condition de validité du contrat. Elle n'est pas davantage la condition de son opposabilité aux tiers, même si la jurisprudence n'a pas encore répercuté l'incidence de cette particularité sur l'opposabilité des exceptions.

Le caractère libératoire du paiement dépend donc de la notification ou du défaut de notification<sup>(30)</sup>. Si le débiteur cédé ne peut, dès la date portée sur le bordereau, ignorer les droits acquis par l'établissement de crédit sur les créances cédées, il n'en demeure pas moins qu'il est le plus souvent dans l'ignorance de la cession qui est intervenue.

Il risque alors à l'échéance de payer entre les mains du créancier primitif, alors même que celui-ci

n'aura pas été mandaté par la banque pour agir à sa place.

Le paiement reçu l'ayant été pour le compte du cessionnaire, tant qu'une notification n'aura pas été adressée, le caractère libératoire d'un tel paiement marque la limite de l'opposabilité de la cession, le cessionnaire se trouvant en effet alors dans une situation fâcheuse puisqu'il ne peut pas non plus récupérer la somme entre les mains du banquier qui a reçu les fonds.

Tout au plus peut-il, pour contester l'imputation des paiements, démontrer que ce paiement n'était pas destiné à apurer la dette cédée, mais à régler une autre dette.

Seule la notification permettrait d'éviter cette situation périlleuse pour le cessionnaire cocontractant. Dans ce cas, et c'est pourquoi nous avons choisi de l'examiner ici, la fonction de la notification résiderait dans l'idée de précaution en ce qu'elle opère réserve de paiement de la créance cédée et contribue à l'information du débiteur, sans créer à sa charge une obligation d'information<sup>(31)</sup>. Cette fonction ne se situerait-elle pas alors entre minimisation du dommage et coopération ?

La jurisprudence offre également une illustration de la prise en compte de la bonne foi, en interdisant au banquier de se contredire dans la mise en œuvre, dans l'exécution du contrat.

Tel était le cas à l'occasion de la mise en œuvre d'une convention d'unité de compte.

Le client reprochait à la banque d'avoir refusé de prendre en considération, à son détriment, l'existence de la convention d'unité avant la clôture du compte « fusionné ».

Dès lors, si, au moment d'un arrêté de compte, l'un des comptes présente une position débitrice, la banque ne peut valablement réclamer à son client des agios sur ce seul compte, si le solde global, issu de la compensation entre les comptes litigieux, présente un caractère débiteur.

L'existence d'une telle convention ne peut non plus justifier le refus, par le banquier, d'exécuter un ordre de virement émanant du client, d'un compte créditeur à un compte débiteur, afin d'apurer le solde du second.

Une telle opération ne constitue d'ailleurs pas la mise en œuvre de la convention d'unité de compte, car elle ne remet pas en cause le principe de l'indépendance des comptes, que seule une telle convention peut mettre en échec.

La Cour de cassation a eu l'occasion d'insister sur le fait que le banquier doit faire preuve de cohérence : il ne peut pas, un jour, écarter l'application de la convention, puis, un autre, en revendiquer le bénéfice.

(29) D. Legeais, Le créancier est tenu envers la caution de rendre définitivement efficace la sûreté dont il dispose par ailleurs, note sous Cass. (ch. mixte), 17 novembre 2006, RTD com. 2007, p. 215.

(30) De manière générale, le paiement est l'exécution effective de l'obligation. Il est un de ses modes d'extinction en droit commun : les paiements reçus par le possesseur de la créance sont libératoires, sous la seule condition d'avoir été effectués de bonne foi. Si cette condition est remplie, le débiteur ne peut plus être recherché par le véritable créancier, le paiement étant déclaré valable, donc libératoire pour le débiteur. Le créancier peut seulement se retourner contre celui qui a reçu indûment le paiement, sur le fondement des enrichissements sans cause. Si le débiteur a déjà payé le banquier qui aurait dû être évincé, c'est la notification qui détermine la solution. Il faut alors rechercher si ce paiement est libératoire au sens de l'article 1240 du Code civil, selon lequel : « Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé ». Il en ressort que le débiteur est de mauvaise foi s'il connaît la mobilisation en principe opposable aux tiers. Dans ce cas, le paiement n'est pas libératoire. En revanche, s'il a ignoré celle-ci, il est de bonne foi et le paiement est libératoire.

(31) F. Kuassi Deckon, La notification de la cession de créances professionnelles, RTD com. 2005, p. 649.

Il a été souligné que la Haute juridiction ferait ici implicitement application de la règle de l'estoppel – « *Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui* » – dont une partie de la doctrine a sollicité la reconnaissance en droit français en la reliant assez logiquement à l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi, sanctionnée par l'article 1134, alinéa 3 du Code civil <sup>(32)</sup>.

#### *Les limites : ce qui a été refusé comme ne relevant pas de la bonne foi*

En effet, la Cour de cassation rappelle quelques limites dans des cas où elle exclut clairement que certains comportements du banquier puissent relever d'un manquement à l'obligation de bonne foi qui leur seraient totalement étrangers, autrement dit, « *la déontologie du créancier envers sa caution a donc ses limites* » <sup>(33)</sup>

Ainsi et récemment, la Cour de cassation a pu relever que « *l'obligation de contracter de bonne foi à laquelle le créancier est tenu à l'égard de la caution, n'emporte pas pour celui-là le devoir de conseiller celle-ci sur l'opportunité de constituer une sûreté réelle sur les biens du débiteur principal à l'effet de garantir, le cas échéant, les recours qui lui seraient ouverts en cas de défaillance de ce dernier* » <sup>(34)</sup>.

Dans deux décisions récentes <sup>(35)</sup>, la Cour de cassation indique que le président du conseil d'administration s'était porté caution envers une banque de toutes les dettes de la société.

Un prêt avait été octroyé quelques temps après que la caution eut quitté ses fonctions et un mois avant qu'elle ne résilie son cautionnement. La caution a été assignée en paiement. Il a pu être relevé qu'il n'existe en effet aucun texte imposant une obligation d'information à la charge du créancier. Seule l'obligation de bonne foi du créancier était susceptible de fonder une éventuelle obligation d'information.

La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir retenu que « *ni la bonne foi devant régir les relations entre la banque et la caution, ni le devoir d'information n'imposaient à la banque d'avertir l'ancien dirigeant de l'octroi d'un nouveau prêt* ».

Ainsi, il a pu être relevé que l'obligation générale de bonne foi n'est en tout cas pas si puissante qu'elle se transforme en obligation de collaboration <sup>(36)</sup>, voire en une obligation de renégociation. Quelques décisions ont été signalées, applicables dans d'autres domaines du droit. Il s'agit en l'occurrence de contrats de distribution par lesquels il a été exigé que le mandant aide l'agent à développer la clientèle et à adapter le contrat au contexte concurrentiel, et il n'a cependant pas été considéré qu'il y avait lieu de leur donner une portée générale, et qu'elles pouvaient s'expliquer par le souci de laisser condamner la partie dont le comportement, postérieur à la conclusion du contrat avait contribué à rendre ruineuse l'exécution par l'autre.

Pour ce qui concerne la relation contractuelle entretenue entre le banquier et son client, la jurisprudence n'a pas retenu que le banquier pouvait être tenu à une obligation de renégociation, notamment de taux, mais elle a même été amenée à préciser le contraire.

On sait bien que la fidélité à la parole donnée doit sans doute s'apprécier en fonction des circonstances qui existaient lors de la conclusion du contrat. « *La vraie fidélité est inventive* » <sup>(37)</sup> et « *refuser l'imprévision consiste à privilégier la sécurité statique, donc trompeuse, par rapport à la sécurité dynamique, seule à même de protéger le contrat, de permettre la survie de ces caractères d'utilité de justice* » <sup>(38)</sup>.

Cependant on peut concevoir qu'une immixtion d'un pouvoir judiciaire qui n'aurait ni le temps de discerner ni nécessairement la compétence technique pour refaire un contrat déséquilibré par suite d'un changement de circonstance économique, puisse constituer un danger et soit source d'insécurité. Il paraît dès lors plus prudent que le juge, comme il le fait aujourd'hui, n'intervienne que pour vérifier si le refus de négocier ne constitue pas un manquement à l'exigence de bonne foi susceptible d'engager la responsabilité contractuelle du créancier <sup>(39)</sup>.

#### **b – L'absence de réciprocité admise par la jurisprudence**

##### *La négation ou l'instauration de l'obligation d'informer ceux qui savent*

La Cour de cassation, par une série de décisions, entérine l'obligation d'informer, ce qui a pu être appelé l'obligation d'informer ceux qui savent. Ainsi, créancière d'une obligation d'information, la

(32) X. Delpéch, Le banquier ne peut se contredire dans la mise en œuvre d'une convention d'unité de compte, note sous Cass. com., 28 septembre 2004, Dalloz 2005, p. 883.

(33) D. Legeais, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 septembre 2007, Limite au devoir de bonne foi, RDBF, novembre décembre 2007, n° 217.

(34) D. Legeais, op. cit.

(35) Cass. com., 27 novembre 2007, pourvoi n° 06-15.128 ; 8 janvier 2008, pourvoi n° 05-13.735.

(36) D. Houtcieff, note sous Cass. com., 8 janvier 2008, Revue des contrats, 1<sup>er</sup> avril 2008, n° 2, p. 421.

(37) Ph. le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats.

(38) Y. Picod, L'exécution de bonne foi des conventions, Jurisclasseur civil, Contrats et obligations, fasc. 11, p. 32.

(39) Y. Picod, L'exigence de bonne foi dans l'exécution des contrats, in Les Obligations, Dalloz 2005, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette.



caution n'est pas même tenue d'un soupçon de bonne foi à l'égard de son propre créancier ; peu importe qu'elle dispose sans équivoque des informations qui ne lui ont pas été transmises, elle pourra reprocher au créancier de ne pas l'avoir tenu au courant, ce dont attestent plusieurs décisions.

Par un arrêt de censure, rendu sous le visa de l'article 47 de la loi du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, la Cour de cassation affirme que l'obligation d'information « *doit être respectée même lorsque le cautionnement a été souscrit par un dirigeant de la société cautionnée en connaissant exactement la situation* » (40). L'article 47-II, alinéa 3 de la loi de 1994 était ainsi applicable, lequel contraint le créancier d'informer la caution de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement.

Le principe vaut apparemment pour toutes les obligations d'information légale, ce qui avait déjà été affirmé à propos de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier (41).

Cependant que le droit est sur le point de faire peser une véritable obligation de collaboration sur le créancier dans le cadre du bénéfice de cession d'actions, la loyauté de la caution paraît évanescence. « *L'obligation légale d'information, à la manière d'une scorie du formalisme légal moderne, est toute procédurale, et renonce à saisir les choses derrière les choses...* » (42).

Dans le même ordre d'idée, le droit de se contredire a pu être reconnu au profit de catégories de contractants que la loi répute en situation de faiblesse afin de leur permettre de remettre en cause des contrats conclus en situation d'inégalité contractuelle.

### III. L'EXIGENCE DE BONNE FOI LORS DE LA CESSATION DE LA RELATION

Il était important à ce stade de souligner les contradictions au détriment d'autrui qui seraient légitimées, et constitueraient autant d'encouragements à la mauvaise foi.

Denis Mazeaud, à l'occasion du colloque organisé sur l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (43), a ainsi pu relever qu'il y avait lieu d'évoquer tout d'abord le cas des mineurs incapables qui contractent en dissimulant leur incapacité et qui, par la suite, en vue de remettre en cause le contrat qui a tourné à leur désavantage, invoquent

opportunément et victorieusement leur immaturité.

Cette stratégie, comme l'auteur le souligne à juste titre, a pu être consacrée par la Cour de cassation dans une affaire où un banquier, particulièrement crédule ou impatient de fidéliser prématurément un client potentiel, avait ouvert un compte à un mineur qui s'était vieilli de 4 ans, mis à sa disposition une carte de crédit et un chéquier et laissé s'accumuler un découvert de près de 90.000 €.

Le prix de ce détournement (bancaire) de mineur devenant salé, le banquier, dont la négligence avait donc finalement des limites, réclama et obtint des juges du fond le paiement du solde débiteur du compte avec intérêts au taux légal, mais la Cour de cassation a censuré cette décision pour manque de base légale, les manœuvres dolosives caractérisées du mineur et les opérations litigieuses n'ayant pas été qualifiées d'acte de la vie courante.

Dans cette espèce, l'incohérence et la contradiction préjudiciable du cocontractant ont ainsi été jugées ne pas porter atteinte à la confiance légitime du partenaire, qui aurait pourtant légitimement agi sur la foi du comportement initial.

Les consommateurs, parce qu'ils sont réputés faibles, reçoivent aussi l'autorisation légale de se contredire au détriment de leurs cocontractants.

« *Le droit à la contradiction qui leur est parfois accordé constitue un moyen parmi bien d'autres de compenser l'inégalité contractuelle qui règne, à leur détriment, au stade de la conclusion des contrats de consommation, et de restaurer à leur profit une véritable liberté contractuelle* » (44).

« *A priori, tous les coups, entendons toutes les contradictions, sont permis pour le consommateur, ce qui est d'autant moins étonnant que les règles que le droit de la consommation a façonnées en vue de la formalisation du contrat sont ordonnées autour d'un « projet anti-contractuel », et animées par un « parti pris de non-consommation », ainsi que le démontrent trois variétés de contradictions que la loi ou la jurisprudence ont consacrées dans le domaine particulier du droit de l'endettement* » (45).

Il en est ainsi de la faculté légale de dédit que la loi, dans une perspective de dissuasion contractuelle et dans un souci de prévention de l'endettement excessif, offre aux consommateurs soumis à la tentation du crédit à la consommation.

Ce droit de se contredire est par ailleurs très rigoureusement protégé par la jurisprudence.

Il en est ainsi d'une décision par laquelle la Cour de cassation a décidé que l'irrégularité formelle bénigne qui affectait le bordereau de rétractation qui doit être joint à l'offre préalable de crédit, pro-

(40) Cass. com., 27 novembre 2007, pourvoi n° 06-15.128 ; v. note D. Houtcieff, *Revue des contrats*, 1<sup>er</sup> avril 2008, n° 2, p. 421.

(41) Cass. com., 25 mars 2003, pourvoi n° 00-16.472.

(42) D. Houtcieff, *op. cit.*

(43) L'interdiction de se contredire, direction M. Behar-Touchais, *Éd. Économica*, 2001.

(44) D. Mazeaud, *op. cit.*

(45) D. Mazeaud, *op. cit.*

voquait, au détriment du prêteur, la déchéance du droit aux intérêts <sup>(46)</sup>.

Denis Mazeaud souligne encore que le crédit immobilier offre également son « *lot de contradictions légitimes* », lesquelles sont destinées à détourner le consommateur d'un endettement qui pourrait lui être fatal et exploité « *pour le délier d'un lien inconsidérément, car prématurément, noué* ».

Il a encore été jugé qu'un consommateur, qui avait délibérément accepté par anticipation l'offre de crédit et exécuté pendant deux ans le contrat de prématurément formé, pouvait légitimement le remettre en cause, alors même qu'il était établi que le non-respect de la règle légale ne lui causait aucun préjudice.

Cette solution se justifie sur le plan technique, par application de la règle selon laquelle la renonciation anticipée au bénéfice des dispositions d'ordre public est impossible, mais il n'en reste pas moins qu'elle « *consacre une incohérence du consommateur qui, selon son intérêt, éludera à son profit ou invoquera au détriment de son cocontractant professionnel, son devoir de patience* » <sup>(47)</sup>.

Nous pouvons citer encore un cas sur lequel Monsieur Kukula Desceller, directeur juridique de AG2R La Mondiale, reviendra tout à l'heure.

Il s'agit de la jurisprudence rendue en matière de contrats d'assurance-vie multiplacements qui sont notamment proposés ou sollicités auprès des établissements bancaires, qui a été l'occasion pour la Cour de cassation d'indiquer que le formalisme de l'article L. 132-5-1 du Code des assurances impliquait la remise de deux documents : une note d'information et des conditions générales.

Il n'est pas ici question de revenir sur les critiques apportées à cette solution ni sur la valeur informative de ces deux documents au lieu d'un seul.

Il en résulte en tout cas que le défaut de remise de la note d'information précontractuelle à l'assuré entraîne de plein droit, selon l'article L. 132-5-1 du Code des assurances, la « *prorogation du délai de renonciation prévue au premier alinéa jusqu'au 30<sup>e</sup> jour suivant la date de remise effective de ce document* ».

Au-delà de l'exigence du formalisme de cet article se pose une autre question qui intéresse l'exigence de bonne foi de l'assuré : l'assuré qui exécute partiellement le contrat d'assurance en procédant à des opérations d'arbitrage ou à des rachats partiels – ce qui était le cas dans l'une des décisions que la Cour de cassation a été amenée à prononcer – ne doit-il pas être considéré comme ayant manifesté sa volonté de renoncer à exercer un droit, même d'ordre public, relatif à l'exercice de la faculté de

renonciation que lui accorde l'article L. 132-5 du Code des assurances et qu'ainsi, en l'exerçant dans de telles conditions, où à la fois il exécute le contrat et il déclare y renoncer, il n'est pas de bonne foi, ce qui devrait être de nature à l'exonérer de l'infraction commise par l'assureur à l'article L. 132-5-1 du Code des assurances <sup>(48)</sup> ?

La deuxième chambre de la Cour de cassation a répondu à cette question sans équivoque et objecte que l'article L. 132-5-1 est d'ordre public et que « *l'exercice de la faculté de renonciation prorogée ouverte de plein droit à l'assuré pour sanctionner le défaut de remise des documents et informations exigés par ce texte, est discrétionnaire pour l'assuré dont la bonne foi n'est pas requise* ».

Le commentateur du Rapport annuel 2006 de la Cour de cassation a pu relever : « *L'exécution ne peut, en effet, purger le vice qui résulte du fait que le délai de réflexion n'a jamais couru parce que les documents n'ont pas été remis* ».

L'exigence de réciprocité de bonne foi dans l'exécution qui a réellement eu lieu disparaît par la fiction de l'effet rétroactif de la renonciation.

Cet arrêt ainsi rendu par la Cour de cassation le 7 mars 2006 a été l'occasion pour Jérôme Kullmann <sup>(49)</sup> de souhaiter la bienvenue dans le monde du contrat d'assurance à « *celui qui souscrit une assurance sur la vie en unités de compte et verse des primes qui se comptent en centaines de milliers d'euros, puis, constatant que la valeur de ces unités ne monte pas mais baisse, a recours au bas procédé qui consiste à soutenir qu'il n'a pas reçu deux documents, mais un seul, qui contenait pourtant toutes les informations requises par la loi, afin de renoncer à un contrat qu'il a néanmoins exécuté à plusieurs reprises, montrant ainsi qu'il a disposé de toutes ces informations* ».

Indépendamment de la problématique particulière de l'exigence discutée de deux documents distincts, la cour a en effet notamment refusé de faire droit au moyen tiré de l'application des dispositions de l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil exigeant que les conventions soient exécutées de bonne foi, en jugeant que « *l'exercice de la faculté de renonciation prorogée ouverte de plein droit pour sanctionner le défaut de remise à l'assuré des documents et informations énumérés par le texte est discrétionnaire pour l'assuré dont la bonne foi n'est pas requise* », « *le législateur a entendu contraindre l'assureur à délivrer au souscripteur une information suffisante et choisi d'assortir cette obligation d'une sanction automatique, dont*

(46) Cass. 1<sup>er</sup> civ., 8 juillet 1987, Rép. Def., 1997, 1354, obs. D. Mazeaud.  
(47) D. Mazeaud, op. cit.

(48) Gaz. Pal. du 5 mai 2007, p. 28, note M.-J. P.  
(49) J. Kullmann, RGDA 2006, n<sup>o</sup> 2, p. 482 et s.

*l'application ne peut être modulée en fonction des circonstances de l'espèce* » (50).

« *On marche sur la tête ! Le droit du renard est érigé au rang de principe général du droit* » (51).

Pourtant, nous pouvons constater certaines résistances des juges du fond qui estiment au contraire qu'il n'est pas admissible que l'emprunteur, dont l'attitude démontre qu'il a souhaité s'engager en toute connaissance de cause, puisse *a posteriori* et en fonction de l'évolution des circonstances étrangères à son cocontractant, se prévaloir des dispositions du Code de la consommation liées au formalisme dans des conditions manifestement exclusives de la bonne foi exigée de lui dans la conclusion, comme dans l'exécution du contrat à seule fin et au mépris de ces dispositions, d'obtenir après coup, par exemple un crédit à taux réduit ou à taux 0 qu'il sait ne jamais lui avoir été octroyé ou la restitution du capital investi dont il obtiendrait ainsi, en fonction des circonstances, qu'aucune partie ne peut prévoir, de ne pas supporter le risque.

Pour faire ressortir les limites indispensables à l'utilisation de dispositions spéciales sans qu'elles puissent être détournées de leur finalité, Denis Mazeaud avait d'ailleurs exprimé que, malheureusement, il n'est pas rare que la « *transparence cristal* » (52) voulue par le législateur consumériste dégénère par la faute de consommateurs déloyaux, en « *transparence chicane* » (53).

Le droit de la consommation, destiné à corriger le déséquilibre entre le consommateur et le professionnel, permet dans certains cas qu'un autre déséquilibre s'instaure, au détriment du professionnel (54). Le présumé faible devient tout-puissant (55).

« *Quel paradoxe* », a-t-on pu déplorer, « *que ce droit récent puisse empêcher l'appréciation des situations in concreto* », en cela contraire à l'évolution jurisprudentielle positive prenant précisément en compte la qualité des parties (56).

Or, rien ne s'oppose à l'admission d'un abus dans l'exercice d'un droit, même si dans l'espèce préci-

tée, il s'agissait d'un droit discrétionnaire, pas plus qu'apparaît exclu qu'il puisse être renoncé à ce droit (57). N'est-il pas en effet difficilement admissible, comme semble pourtant l'induire la décision rendue, qu'un droit discrétionnaire soit exclusif d'abus comme il évincerait l'exigence de bonne foi ? La faute du consommateur devrait logiquement pouvoir être invoquée par voie de défense au fond, ou par voie de demande reconventionnelle (58).

S'il apparaît que le consommateur n'a pas souffert d'une faille dans la forme, n'est-il pas plus raisonnable de prévoir une sanction proportionnée au préjudice subi (59) ?

Ainsi, comme il a pu être souligné (60) justement, le caractère facultatif de la sanction des règles de forme peut se justifier, dès lors qu'il ne s'agit pas d'amputer la protection du consommateur auquel le non-respect du formalisme a fait véritablement grief. Le caractère automatique de la sanction sert si bien et essentiellement les comportements opportunistes de consommateurs peu scrupuleux parfaitement avisés du formalisme et rompus à son utilisation dévoyée, qu'il a pu être suggéré de faire jouer la règle « *pas de nullité sans grief* » (61).

« *Ainsi maîtrisé par le caractère facultatif de la sanction, le formalisme informatif conserve sa vertu protectrice sans verser dans les excès que fait naître une totale dissociation de l'appréciation de la forme par rapport au fond. Souhaitons que le formalisme informatif, emprunt de paradoxes et oscillant entre rigueur et pondération, soit de plus en plus inspiré par celle-ci* » (62).

« *Au formalisme, instinctif et symbolique du début, se substitue, de plus en plus, un formalisme réfléchi et utilitaire. Ce dernier est le seul dont il puisse être question dans le droit moderne* » (63). Assurément, il est temps qu'un nouvel équilibre s'établisse sur ces bases nouvelles (64).

Enfin, l'application d'un droit spécial ne permet pas d'exclure l'application du droit commun « *qui fait figure de deuxième jambe dont chaque domaine du droit a besoin pour tenir debout* » (65).

(50) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 mars 2006, pourvoi n° 05-12.338, La mondiale Partenaire SA c/ Senaq ; J.-L. Guillot et S. Fayner, *Revue Banque*, n° 680, mai 2006, p. 92 et s. ; S. Prigent, *Les Petites Affiches* n° 120 du 16 juin 2006, p. 10 et s.

(51) J. Kullmann, op. cit. référence à « *Le droit du renard* », M. Belmont et H. Lascombes, *RGDA* 2003, p. 420.

(52) Formule du doyen Carbonnier, *La transparence*, *RJCOM*. 1993, p. 9 et s., spéc. p. 13, cité par D. Mazeaud, *Les vices de la protection du consentement du consommateur*, ci-après cité.

(53) D. Mazeaud, *Les vices de la protection du consentement du consommateur*, *Dalloz* 2002, n° 1, jur., p. 72 ; à propos de l'utilisation abusive des dispositions relatives au formalisme du crédit à la consommation.

(54) P. Sargos, *La critique ne vient pas seulement de la doctrine, les juges eux-mêmes le reconnaissent*, in *La renégociation des prêts*. À propos de Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janvier 1998, *Defrénois* 1998, Art. 36814, p. 703 et s., spéc. p. 704 : « Cette jurisprudence sur la renégociation des prêts à des conditions plus avantageuses pour l'emprunteur présente l'effet pervers de sanctionner des établissements de crédit qui – alors qu'ils n'en avaient pas l'obligation légale – ont accepté de revoir à la baisse des taux d'intérêts ».

(55) C. Manara, *L'abus par le consommateur de son droit*, *Les Petites Affiches* du 18 mai 1998, p. 4 ; A. Lepage, art. préc.

(56) C. Manara, op. cit., p. 617.

(57) J. Kullmann, note préc., p. 497.

(58) Il a été jugé que la caution pouvait, pour résister à une action en paiement, se prévaloir de la faute du créancier par voie d'action ou d'exception : Cass. com., 26 octobre 1999, notamment *RDBF* 1999, p. 198, D. Legeais.

(59) Sur les inconvénients de la sanction automatique d'une règle de forme ayant pour objet la protection du consentement : C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, *Dalloz* 2002, préf. Y. Lequette, nos 215 et s. ; M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, *Dalloz* 2001, préf. M.-A. Frison-Roche, n° 220.

(60) A. Lepage, op. cit., p. 619.

(61) X. Lagarde, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, *JCP*, éd. G, 1999, I, 170, n° 19.

(62) A. Lepage, op. cit., p. 620.

(63) F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, T. III, p. 103, cité par A. Lepage, op. cit., p. 620.

(64) B. Bury, *La transparence : quelle valeur ?*, *Journal des sociétés* n° 29, février 2006, p. 23 et s. ; L'exigence d'un consentement libre et éclairé, *RDBF*, mai-juin 2007, p. 69 et s.

(65) F. Grua, *Les divisions du droit*, *RTD civ.* 1993, p. 65.



Si l'apparition de droits protecteurs spécifiques est sans doute incontournable, le droit commun est nécessaire pour maintenir l'unité du droit <sup>(66)</sup>.

Dans une lecture économique, le droit des contrats paraît remplir deux grandes missions : celle de réduire les coûts de transaction et celle de contrôler les comportements opportunistes. La bonne foi ou plutôt son absence est manifestement associée à la seconde en ce qu'elle est le contraire de l'opportunisme. Il a ainsi été proposé trois tests pouvant être vérifiés par tout analyste : une asymétrie entre les parties... que l'une d'elles tourne aux dépens de l'autre pour en tirer un avantage indu... et dont l'importance dépasse une certaine gravité, au point où, en l'absence de sanction, la victime serait amenée, à l'avenir, à augmenter sérieuse-

ment les mesures de protection avant de conclure un contrat <sup>(67)</sup>.

Revenant ainsi à ce rapport de plus en plus fréquent entretenu entre réglementation spéciale et droit commun, entre normes comportementales et principes généraux, il nous apparaît opportun pour terminer, parallèlement à une réflexion nécessaire sur leur apport respectif et distinct et le rôle de chacun, de souligner l'incontestable apport potentiel de l'analyse économique de la bonne foi, laquelle exige aussi cette réciprocité inhérente au rapport bilatéral, et dont nous avons déjà pu indiquer qu'elle pouvait être en outre un facteur d'harmonisation de législation <sup>(68)</sup>, spécialement à l'heure où se préparent de nouveaux Codes civils.

(66) J. Calais-Auloy, L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats, in L'influence du droit du marché sur le droit commun des obligations, RTD com. 51, janvier-mars 1998, p. 120.

(67) E. Mackaay, L'économie de la bonne foi contractuelle, op. cit., p. 458 et s.

(68) B. Bury, G. Canivet, H. Muir-Watt, Y. Charvin, P. Rey et alii, L'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation, Gaz. Pal. du 10 mars 2005.



Commandez tous vos livres de droit  
sur [www.lgdj.fr](http://www.lgdj.fr)

Librairie Lgdj.fr