

La bonne foi en droit commercial

Bernard GLANSDORFF

Il nous a été demandé de faire, dans le cadre de ce colloque, un bref exposé sur le thème de la bonne foi en droit commercial.

Cet intitulé impose d'écarter d'emblée une idée qui a pu venir à l'esprit de certains à sa lecture : s'il se peut que la notion de bonne foi présente, dans le domaine du droit commercial, des applications nombreuses et remarquables, il n'y a en cette matière ni notion, ni théorie spécifique de la bonne foi, distincte de celles — au singulier ou au pluriel, il nous faudra l'évoquer — qui existent de plus ou moins longue date en droit civil des obligations et des contrats. Le droit commercial apporte assurément un ensemble impressionnant de dérogations et de compléments au droit civil mais, pour le surplus, celui-ci continue à jouer, à l'égard des opérations des entreprises, un rôle résiduaire et la notion de bonne foi, tout comme de multiples autres, relève de ce tronc commun aux deux branches du droit privé. Tous ceux d'ailleurs qui, ces derniers temps, ont approfondi l'étude du concept de la bonne foi, en ont choisi indifféremment des illustrations en droit civil « pur » ou en droit commercial.

Notre rôle consistera donc seulement à mettre en lumière, dans le champ du droit commercial, quelques applications particulièrement importantes de cette notion commune à tous les privatistes.

2. La difficulté est naturellement de circonscrire le sujet compte tenu des acceptions de plus en plus larges qui ont été reconnues au concept de bonne foi, spécialement ces dernières années, et tout particulièrement dans certaines thèses récentes dont celle de J.-F. Romain.

Rappelons-nous rapidement cette évolution dans les plus grandes lignes¹.

Longtemps, en droit positif, la bonne foi a été cantonnée dans une signification généralement qualifiée de subjective. A ce titre, elle signifie d'abord qu'il faut reconnaître effet, dans un certain nombre de cas, à la croyance, même erronée, d'un sujet de droit qu'il se trouve dans une situation ou qu'il agit de manière légitime, conforme au droit ; elle qualifie dans cette mesure un « état d'esprit » ; une telle conviction ira jusqu'à permettre, par elle-même, d'acquérir — ou de consolider — un droit (ex. : art. 2279 du Code civil). Elle signifie, d'autre part, que les engagements — contractuels, enseigne-t-on d'habitude, mais pourquoi pas dire tous les engagements volontaires — doivent être interprétés en fonction de ce que les intéressés ont réellement voulu et non selon la lettre, ce qui est encore faire l'honneur à une disposition d'esprit : ce que l'on a véritablement eu en vue en s'engageant.

Beaucoup plus récemment, on a reconnu par ailleurs à la bonne foi la portée d'une norme objective de comportement que l'on ne peut mieux résumer que par le mot de loyauté. Cette norme jouera tantôt une fonction complète (ou supplétive) tantôt une fonction limitative (ou modératrice ou restrictive). Complétive lorsqu'elle aboutira à ajouter aux obligations strictes ou primaires des intéressés, dictées immédiatement par le contrat ou la loi, des obligations complémentaires commandées par la loyauté. Limitative, lorsqu'elle dira que l'on ne peut user d'un droit de n'importe quelle façon ; à proprement parler, que l'on ne peut en abuser.

Une nouvelle fois, ces fonctions « objectives » de la bonne foi ont été dégagées principalement en matière contractuelle, dans

1. On renvoie notamment aux ouvrages ou études qui suivent : L. CORNELIS, «La bonne foi : aménagement ou entorse au principe de l'autonomie de la volonté», dans S. DAVID-CONSTANT (sous la direction de), *La bonne foi. Actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège*, Liège, 1990 ; X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, 1995 ; J.-L. FAGNART, «L'exécution de bonne foi des conventions, un principe en expansion», dans *RCJB*, 1986, p. 285 ; P. VAN OMMESLAEGHE, «L'exécution de bonne foi, un principe général de droit», dans *RGCD*, 1987, p. 101 ; J. VAN RYN et X. DIEUX, «La bonne foi dans le droit des obligations», dans *J. T.*, 1991, p. 289 ; S.STIJS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «Chronique de jurisprudence : les obligations, les sources, les contrats», *J. T.*, 1996, p. 701 et ss.

la foulée de l'article 1134, al. 3 qui énonce que les conventions s'exécutent de bonne foi. La plus célèbre illustration, en cette matière, en est l'idée de Demague selon laquelle les parties sont liées par une espèce d'« afficteo contractus » leur dictant de collaborer loyalement à la bonne foi de la convention), mais ni la doctrine ni la jurisprudence ne les cantonnent à ce domaine.

3. Cette extension du domaine de la bonne foi a conduit, on le sait, à s'interroger sur son caractère éventuel de principe général de droit. Dans une étude bien connue², P. Van Ommeslaghe a proposé de reconnaître l'existence d'un tel principe en matière contractuelle. Dans sa thèse toute récente, J.-F. Romain suggère non seulement de dépasser la matière des contrats, mais toutes les fonctions que l'on avait pu assigner jusqu'à ce jour à la bonne foi en invitant à reconnaître un principe de « respect mutuel » entre les sujets de droit, au nom de l'idée qu'il ne faut pas faire à autrui ce que l'on ne voudrait pas se voir faire à soi-même. Et cela l'amène en particulier à englober dans le champ de la bonne foi tout ou l'essentiel du droit de la responsabilité non seulement contractuelle mais aquilienne, pour faute intentionnelle ou inconsciente, tout manquement au critère du « bonus vir ».

Cette thèse des plus larges se heurte à l'opinion de ceux qui, comme J. Van Ryn et X. Dieux, ou comme L. Cornelis³, estiment n'y avoir lieu de noyer dans un principe aussi vaste des règles qui trouvent en droit positif un fondement précis et se suffisant à lui-même telle que celui de l'article 1382 du Code civil. J.-F. Romain va au demeurant plus loin encore en proposant de reconnaître à la bonne foi, au nom de l'idée d'équité, une fonction modificatrice de certains engagements, notamment en cas d'imprévision (c'est-à-dire de survenance de circonstances imprévues bouleversant l'équilibre d'un contrat), fonction qui lui est, jusqu'à ce jour, déniée par la généralité de la doctrine et de la jurisprudence.

4. Ce rappel très condensé de la mouvance et de la variabilité de la notion de bonne foi était nécessaire pour faire comprendre la perplexité qui a rapidement été la nôtre devant le sujet qui nous était imparti. Allons-nous y inclure, en premier lieu, tout le droit de la responsabilité, en particulier aquilienne ? Il y aurait alors à y incorporer par exemple, en bloc, le droit de la concurrence déloyale traditionnellement fondé sur l'article 1382 du Code civil

2. Voir note 1.

3. *Ibidem*.

ou, dans un ordre d'idées voisin, celui de l'abus de puissance économique.

Nous avons choisi, quoi que l'on puisse en penser, de ne pas viser un objet aussi large et de nous en tenir à un certain nombre d'applications, en droit commercial, du concept de bonne foi, tel qu'il est reconnu à ce jour par la majorité des auteurs, à savoir la bonne foi dans ses fonctions qualificatives d'un état d'esprit (une croyance erronée) et interprétative (les deux aspects classiques de la bonne foi subjective), ainsi que dans ses fonctions complétive et limitative ou modératrice (les deux aspects classiques de la bonne foi objective).

5. On commencera par envisager l'entreprise économique en elle-même, sous la forme qui lui a été donnée. Celle-ci est souvent celle d'une société commerciale. On sait l'importance particulière traditionnellement reconnue à la bonne foi dans les relations entre associés ainsi que dans leurs rapports avec la société elle-même. Dans la formation des multiples décisions collectives dont la société est l'enceinte, autant que dans le comportement individuel des associés, chacun doit en permanence pouvoir se fier aux autres. La société est ainsi de toute évidence un terrain d'élection de la bonne foi non seulement dans sa fonction interprétative (qu'avons-nous vraiment voulu faire ensemble?) mais aussi, au sens « objectif » du terme, dans ses fonctions « complétive » (sous le signe de laquelle nous placerons volontiers l'obligation de non-concurrence entre les associés et la société), autant que « limitative » (question de l'abus de majorité ou de minorité, entre autres). Peut-on aller pour autant jusqu'à dire, comme certains de nos jours⁴, que la bonne foi dans le contrat de société absorberait purement et simplement l'élément d'« *affectio societatis* » ou, pour l'exprimer autrement, que celui-ci ne serait qu'une expression pour faire entendre que la bonne foi joue ici un rôle particulièrement intense ? Nous ne le pensons pas. Il demeure à l'*affectio societatis* un sens propre, spécifique, qui est celui de la nécessité d'une collaboration égalitaire entre les intéressés, élément qui distingue notamment la société d'autres contrats. Cette exigence va au-delà de l'idée de la bonne foi.

6. Pensons ensuite à l'organisation interne de l'entreprise, qu'il s'agisse ou non d'une société. Il s'agit en premier lieu, en droit positif, de l'obligation de tenir une comptabilité régulière et l'on évoquera donc brièvement le droit comptable. Au sein du droit économique, celui-ci est sans doute une branche des plus éloignées

4. Voir T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, 1996, p. 809.

des préoccupations habituelles des civilistes, mais la bonne foi est loin d'en être absente⁵.

Dans la ligne d'une jurisprudence bien établie de la Cour de Cassation⁶, la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises dispose en son article 7 que les évaluations dans l'inventaire — qui sont le socle même sur lequel la comptabilité repose — doivent être faites avec bonne foi et prudence. Nous doutons que ces termes aillent au-delà de ce que dicte le droit commun de la rigueur aquilienne, à savoir que les évaluations doivent être exemptes de fraudes comme de simple imprudence (impératif que l'on fera rentrer ou non dans le principe de la bonne foi selon l'étude qu'on reconnaît, cf. supra).

Par ailleurs, selon l'article 3 de l'arrêté royal du 8 octobre 1976, les comptes annuels doivent donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que du résultat de l'entreprise et, au vu des travaux préparatoires, les commentateurs de ce texte relèvent sa fonction complétive par rapport aux dispositions prévues de l'arrêté royal (en vue de donner cette image fidèle, il y aura lieu d'aller le cas échéant au-delà de ce que les termes de celui-ci exigent) tout comme ils n'excluent pas qu'il faille lui reconnaître aussi une fonction « dérogatoire » (s'il y a lieu, dans des cas certes exceptionnels, il sera permis, pour donner une image fidèle du patrimoine, de reconnaître l'une ou l'autre règle comptable déterminée). La parenté paraît claire entre cette idée d'image « fidèle », au-delà des prescriptions légales précises en la matière, et celle de comportement « loyal », par exemple des parties à un contrat au-delà des obligations explicitement prévues par la loi, ce qui est la première acception de la bonne foi perçue comme règle objective de comportement. Il s'agit dans l'un et l'autre cas, comme l'écrit W. Van Gerven à propos des règles comptables⁷, de donner « un plein contenu à une obligation déterminée ».

7. Quittons le droit comptable mais en conservant à l'esprit cette dernière idée que la bonne foi, comme règle objective de comportement, pourrait comprendre l'idée qu'avant même de parler d'obligations complémentaires (fonction complétive telle qu'elle est habituellement comprise), il y a lieu pour un sujet de droit de faire ce qu'il faut pour donner un « plein contenu » à une

5. Voir notamment W. VAN GERVEN et A. DE WAELE, «Goede trouw en getrouw beeld», dans *Mélanges Ronse*, 1986, p. 103.

6. Cass. 22 avril 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 164.

7. Étude citée à la note 4.

règle déterminée, c'est-à-dire un contenu conforme à ce qui a été l'intention du législateur. M. X. Dieux en propose une application intéressante dans un domaine voisin du droit comptable, celui des informations qui doivent être diffusées par une société qui fait publiquement appel à l'épargne. C'est une certaine forme de bonne foi, écrit-il, qui commande de faire en sorte que cette information, au lieu d'être squelettique, soit suffisamment étendue et précise que pour répondre au but poursuivi par la loi⁸. Peut-on parler ici de loyauté envers le public en général ?

8. Venons-en au domaine des instruments utilisés par les entreprises commerciales, et d'abord des titres négociables. La bonne foi y joue sans discussion possible un rôle majeur, dans le premier des sens qu'on lui a reconnu tout à l'heure qui est purement subjectif : celui de la croyance de l'intéressé dans la légitimité d'une certaine situation. Tout le statut des plus parfaits des titres négociables — les titres au porteur — découle en effet de leur assimilation (par une fiction certes, mais indiscutée) à des meubles corporels (le droit est censé être incorporé dans le titre ; or celui-ci est un meuble corporel) et leur transfert est donc régi par l'article 2279 du Code civil qui requiert dans le chef du porteur la qualité de possesseur légitime, c'est-à-dire convaincu d'avoir acquis son titre dans des conditions régulières. Et la même idée est appliquée, par analogie, aux deux autres sortes de titres négociables : les titres à ordre et les titres nominatifs. Voici assurément l'une des plus importantes fonctions de la bonne foi en droit commercial.

En parlant des titres négociables, on ne peut manquer d'évoquer par ailleurs la règle de l'article 17 de la loi sur la lettre de change, selon laquelle le porteur ne pourra se prévaloir des droits attachés au titre contre le débiteur qu'il poursuit, s'il avait conscience, en acquérant la lettre, de priver ce débiteur d'une exception que celui-ci pouvait opposer au porteur précédent. On dit fréquemment que le porteur qui agit de la sorte est de « mauvaise foi ». Mais suivant l'analyse classique⁹, il s'agit simplement, en réalité, d'un cas de responsabilité quasi-délictuelle, sans qu'il faille donc faire appel, pour expliquer la solution, à la notion de bonne foi.

8. Ouvrage cité à la note 1, p. 92.

9. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, 2^e éd., t. III, Bruxelles, 1981, n° 1580.

9. Les entreprises commerciales concluent d'innombrables contrats entre elles et avec leurs clients non commerçants — contrats sur marchandises et produits, contrats de prestations de services, notamment financiers — et il est certain que nous entrons ici à nouveau dans un domaine d'élection de la bonne foi, dans la plupart des fonctions qui lui sont reconnues aujourd'hui par l'essentiel de la doctrine : interprétative, complétive et modératrice. Ne peut-on même avancer que la plupart des décisions rendues à propos de la bonne foi en matière contractuelle, dans l'une ou l'autre de ces acceptions, concernent des entreprises commerciales ?

Entre entreprises commerciales, la nécessité d'interpréter le contrat, de le compléter ou de modérer l'exercice des droits qui en découlent résulte tantôt de leur absence de formalisme, tantôt de leur complexité ou de la complexité de l'objet sur lequel ils portent, tantôt de l'importance des enjeux. Point de salut, dans ce monde multiforme et qui se modifie sans cesse, sans la confiance de chacun dans le respect de l'esprit du contrat plutôt que de sa lettre, ainsi que dans un haut degré de loyauté dans la formation, l'exécution voire la dissolution des rapports contractuels.

Entre entreprises commerciales et clients consommateurs, c'est évidemment la différence de puissance et d'expérience qui rend particulièrement aigu cet impératif de loyauté — en l'occurrence du plus fort à l'égard du plus faible — et on sait la façon dont la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et la protection des consommateurs, aboutissement des théories consumantes mais aussi contemporaine du grand essor de la bonne foi dans la doctrine privatiste, a sanctionné cette obligation de loyauté, au stade de la formation-même des contrats, en permettant au juge de reconnaître comme abusive — et dès lors nulle — toute clause, ou tout ensemble de clauses déséquilibrant la convention de manière manifeste au détriment de la partie non-professionnelle.

10. Parmi les contrats commerciaux, il en est un — le contrat d'assurance — auquel la doctrine traditionnelle fait un sort particulier en le qualifiant explicitement de « contrat de bonne foi » comme s'il se distinguait, sur ce point, des autres conventions. Ne nous y méprenons pas. Cette qualification traduit en particulier le haut degré de confiance que l'assureur doit investir dans les déclarations de l'assuré relatives à l'objet et aux aggravations éventuelles du risque mais il n'en résulte pas que le contrat d'assurance soit, sur le terrain de la bonne foi d'une nature

différente de tous autres commentaires. L'expression est donc, comme l'a justement relevé J. Van Ryn, impropre¹⁰.

11. Telles sont quelques illustrations essentielles de la notion de bonne foi en droit commercial. Il y a peu, l'expression évoquait notamment encore pour tout spécialiste de la matière, une condition requise par la loi pour qu'un commerçant en cessation de paiement puisse solliciter le bénéfice d'un concordat judiciaire : « être malheureux et de bonne foi ». Cette condition a été supprimée par la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat. En tout état de cause, nous aurions dû en dire, comme dans d'autres cas envisagés plus haut, qu'il ne s'agissait pas d'un cas d'application de la notion de bonne foi au sens « strict », mais d'une situation couverte par l'article 1382 du Code civil ; le commerçant « de bonne foi », au sens de ce texte abrogé, étant celui qui n'a commis, dans la conduite de son entreprise, ni fraudes, ni fautes de gestion particulièrement graves¹¹.

Un avatar en plus de l'expression, sinon du concept, qui faisait l'objet de ce bref survol.

10. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, 1^e éd., t. IV, Bruxelles, n° 2429.

11. ID., n° 2910.