

L'obligation de loyauté

Laurent AYNÈS

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

RÉSUMÉ. — Présence de l'obligation de loyauté dans les relations humaines, de la chevalerie à l'époque contemporaine ; dans les relations d'autorité ou individuelles. Effet négatif : le devoir de loyauté empêche ou entrave l'exercice d'un droit. Loyauté et transparence ; loyauté et sincérité. La loyauté ne se conçoit que dans la relation. Loyauté et apparence. Devoir de conscience ou obligation juridique ? Caractère fondamental de la loyauté, pour la cohérence de l'ordre juridique. Règle technique essentielle.

Permanence et variation de l'obligation de loyauté dans trois types de rapports juridiques, de la moins grande à la plus grande altérité :

I — Les rapports de confiance : l'obligation de loyauté s'identifie au devoir de protéger l'intérêt d'autrui, fût-ce contre son propre intérêt (mandat de représentation, société, édition, cautionnement...).

II — Les rapports de méfiance : chacun des partenaires protège son intérêt. La loyauté s'identifie à la prévisibilité de son comportement (négociation, exécution, rupture du contrat)

III — Les rapports conflictuels (concurrence, marchés financiers, procès civil et pénal) : le devoir de loyauté, loin de disparaître, s'identifie au respect de la règle du jeu, instrument de prévisibilité pour les acteurs.

Conclusion : L'élément commun, au-delà du contenu concret, variable dans chacune des situations, est la recherche de prévisibilité : chacun fonde son comportement sur les signaux émis par l'autre ; la déloyauté consiste à émettre des signaux trompeurs, et donc à ruiner la confiance fondée sur ceux-ci. Le remède consiste, non seulement à imposer la réparation, mais à neutraliser la prérogative juridique déloyalement exercée.

Qu'est-ce que la loyauté ?

Peut-on concevoir une obligation civile de loyauté ?

Pourquoi l'ordre juridique - le juge, la loi - se préoccupe-t-il de loyauté ? Alors que sans être immoral, il constitue un ordre différent de celui de la morale ?

Nous voyons bien que l'exigence de loyauté inspire nombre de règles de droit. Droit civil : le respect de la parole donnée enfante le principe de l'article 1134 c. civ., la force obligatoire du contrat ; ou bien encore la prohibition du mensonge s'exprime à travers l'article 1116 c. civ., l'interdiction du *dol*. Un grand nombre d'incriminations pénales visent la déloyauté... Mais dans ces cas, le précepte moral s'est vêtu de l'impéra-

tif juridique. Comment expliquer alors la présence d'un devoir autonome de loyauté, en plus ou à côté des règles proprement juridiques ?

Ces questions viennent naturellement à l'esprit. Ce sont elles qui guideront ce propos.

* *
*

L'obligation de loyauté fleure bon la chevalerie.

Dans son Livre des saintes paroles et des bons faits de notre roi Saint Louis, le fidèle et loyal Joinville rapporte que « le saint roi aima tant la vérité que, même envers les Sarrasins, il ne voulut pas faillir aux engagements pris à leur égard ». Et il raconte qu'au moment de l'exécution d'un traité conclu avec les Sarrasins, un seigneur se réjouissait qu'on les ait frustrés de dix mille livres ; le roi, indigné, exigea que la somme convenue soit intégralement payée. Édifiant exemple de loyauté, au milieu du XIII^e siècle.

Loyauté à l'égard de l'*adversaire*.

L'adjectif loyal, « leial », est apparu un siècle et demi plus tôt, dans le langage de la chevalerie¹. La Chanson de Roland donne en exemple deux loyaux chevaliers, Roland et Olivier, opposés au traître Ganelon. Cette loyauté est fidélité jusqu'à la mort, sens de la parole donnée, respect de l'engagement. Elle participe de l'honneur : le comportement de l'homme est un, conforme à sa parole.

Ne s'agit-il donc que d'une vertu individuelle, la qualité d'un homme, sa noblesse personnelle ? Comment expliquer alors que la loi contemporaine et les tribunaux l'exigent et la sanctionnent si souvent ? Bien loin de la quête du Graal, il y a quelques semaines encore, la Cour de cassation interdisait au vendeur créditrentier impayé d'exercer une action résolutoire au nom de la loyauté : il avait laissé s'écouler de nombreuses années sans réagir.

• À vrai dire, l'*étymologie* du terme en révèle l'ambiguïté : « leial » est une déformation de *legalis* : relatif aux lois, conforme à la loi. C'est bien le moins, dans un État de droit, que d'exiger des citoyens qu'ils aient une attitude conforme aux lois, ou encore que soient payés les « loyaux coûts » d'un contrat². Obligation de loyauté : obligation de respecter la loi ? Il n'y aurait donc pas grand-chose à en dire. À moins de s'arrêter sur le terme de « loi » : de quelle loi s'agit-il ? Pas la loi civile, à l'évidence. Une norme que n'exprime pas directement l'obligation civile, et pourtant très nécessaire aux rapports sociaux et juridiquement sanctionnée, si l'on s'en tient au succès contemporain de l'obligation de loyauté.

¹ Le Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, V° Loyal.

² Ex. : c. civ. art. 1673 : le vendeur qui exercera la faculté de réméré doit rembourser à l'acquéreur les frais et « loyaux coûts » de la vente.

• Il n'est pas de relation juridique qui échappe aujourd'hui à ce devoir. On connaît bien sûr le principe de l'estoppel en droit international public. Les autorités policières et judiciaires sont également soumises au principe de loyauté dans la recherche des preuves ; tandis que dans les rapports entre les individus, l'obligation de loyauté est souvent invoquée pour limiter, supprimer l'exercice d'un droit subjectif ou engager la responsabilité d'un contractant. Les manifestations de ce devoir en effet sont toujours négatives : il paralyse ou interdit l'exercice d'un droit, comme s'il exprimait une composante constante de tout droit, souvent inexprimée, mais toujours sous-entendue. Le devoir de loyauté interdit d'exercer tel droit. En revanche, il n'en justifie aucun en particulier. Parce que, invoquée loyalement, la règle de droit se suffit à elle-même. En somme, un devoir implicite qui justifierait l'exercice de toutes les prérogatives juridiques.

• Le succès contemporain du devoir de loyauté traduit peut-être un retour en force de l'éthique, spécialement dans le monde de l'intérêt qu'est celui des affaires. Il est à rapprocher de l'exaltation de la transparence et de la sincérité. Ces deux notions participent sans doute de la loyauté. Mais elles expriment spécialement un rapport du signe avec la vérité. La transparence, dont le législateur contemporain se délecte, interdit de cacher, de se taire ou de taire ; elle impose un devoir d'information et combat le secret³. La sincérité, – de la comptabilité ou de la signature –, est la fidélité de l'image à la réalité : il s'agit encore de communiquer à autrui une information, sinon exacte, du moins non trompeuse.

• La loyauté exige beaucoup plus ; bien-sûr, ne pas tromper, ne pas mentir. Mais surtout, adopter une attitude *cohérente*, une unité de comportement, qui permette à autrui de déterminer avec confiance sa *propre conduite*. En ce sens, le contraire de la loyauté est la duplicité, l'attitude *double*, qui égare autrui et ruine ses prévisions. On se souvient que le diable est précisément, au sens étymologique (diabolos), le grand diviseur : division qui empêche l'action et la confiance d'autrui. La loyauté est ainsi inséparable de la relation à l'autre ; avec soi-même, on doit être sincère, ne pas se cacher la vérité... Mais c'est à autrui qu'est due la loyauté. Or, l'homme est d'abord un être de relation. Ainsi s'explique sans doute le caractère essentiel de ce devoir, spécialement en droit, science de la relation.

• Dans cette direction, le devoir de loyauté entretient des rapports étroits avec l'apparence, que tous les systèmes de droit exaltent, lorsqu'elle se sépare de la réalité⁴ : de nous-mêmes, autrui ne percevra jamais que des signes. La loyauté interdit de renier l'apparence, au détriment d'autrui.

³ V. notamment, N. Vignal, *La transparence en droit privé des contrats*, th. Aix, PUAM 1998 ; *La transparence*, colloque de Deauville, *Rev. Jurisp. commerciale*, n° spécial 1990.

⁴ Sur les rapports de la théorie de l'apparence avec la doctrine de l'estoppel, v. notamment, E. Gaillard, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, comme principe général du droit du commerce international », *Rev. arb.* 1985, p. 241 et s.

S'agit-il, alors, d'une pure exigence *morale*, à laquelle le droit prêterait, de ci de là, main forte ?

- Ripert voyait, on s'en souvient, dans l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, un perfectionnement du droit civil, parce qu'il permettait d'accueillir la règle morale⁵. Il est courant aujourd'hui de confondre devoir de loyauté et obligation de bonne foi⁶, et donc de fonder celui-là sur une exigence morale de droiture et d'honnêteté. On sait pourtant que la bonne foi est susceptible de deux acceptions. La première s'attache à l'intégrité de l'intention, l'ignorance légitime, la droiture du regard. La seconde, au contraire, se réfère à la finalité et à l'économie de la relation juridique, et se traduit par le devoir de ne pas abuser du droit⁷. La loyauté, objet d'un devoir, n'a que de lointains rapports avec la première conception. Ses liens avec la seconde sont plus étroits. Encore que le devoir de loyauté déborde largement les frontières de l'exécution du seul contrat.

- Faut-il d'ailleurs parler d'« obligation » de loyauté, là où ne semble exister plus vaguement qu'un devoir ? Souvent, il n'existe pas un créancier qui puisse exiger de son débiteur l'exécution d'une telle prestation, laquelle ne débouche pas sur une chose à donner, à faire ou à ne pas faire. En même temps, la déloyauté est sanctionnée par le droit, de manière directe ; de sorte qu'il ne s'agit pas d'un simple devoir de conscience. On admettra donc qu'elle fait partie de ces devoirs absolus⁸, ou encore de ces obligations civiles, sans véritable rapport d'obligation.

Notre hypothèse est que la loyauté plonge sans doute ses racines dans les prescriptions de la morale, et une conception de l'homme en société qui dépasse l'ordre juridique au sens strict. Mais elle est avant tout indispensable à l'ordre juridique dont elle assure la cohérence. En effet, la prévisibilité du comportement d'autrui permet, seule, d'agir. Or, la loyauté est indispensable à la prévisibilité. Sa nécessité est donc technique tout autant que morale : une condition, non dite, mais fondamentale, de la règle de droit.

* *
*

⁵ Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd. 1949, n° 157.

⁶ Ex. : Terré, Simler, Lequette, *Les obligations*, 6^e éd., n° 414 et s. ; Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. L.G.D.J. 1989, préf. G. Couturier, n° 6 ; R. Vouin, *La bonne foi ; Notion et rôles actuels en droit privé français*, th. Bordeaux 1939 ; G. Lyon-Caen, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTDC* 1946, 75 et s. ; Volansky, *Essai d'une définition du droit basée sur l'idée de bonne foi*, th. Paris, 1929 ; J. Ghestin, *La formation du contrat*, 3^e éd., n° 255, confondant constamment bonne foi et loyauté ; R. Desgorces, *La bonne foi dans le contrat : rôle actuel et perspectives*, th. Paris II, 1992.

⁷ Sur les relations de la bonne foi avec l'abus, v. P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, th. Aix, 1999.

⁸ J. Carbonnier, *Les obligations*, 21^e éd., n° 7.

L'obligation de loyauté s'applique essentiellement au comportement d'une personne envers une autre. Elle est inséparable de la relation à l'autre. L'altérité est nécessaire au devoir de loyauté⁹. On sait pourtant qu'entre la pure *identité* et la pure *altérité*, existent de nombreux degrés, dont témoigne la variété des relations juridiques entre les individus. Or, le devoir de loyauté imprègne toutes ces relations, avec, bien-sûr, une intensité, et peut-être un contenu, variables¹⁰. En suivant les degrés progressifs de l'altérité, à titre expérimental, on ira de la relation *de confiance* (I) à la relation *conflictuelle* (II) en passant par la relation de *méfiance* (III).

I. — LOYAUTÉ ET RELATION DE CONFIANCE

Nombreux sont les cas dans lesquels une personne confie ses intérêts, parfois son être même, à autrui. L'intensité du devoir de loyauté exprime alors l'étroitesse de la relation.

a) On ne s'étonnera pas de rencontrer d'abord le devoir de loyauté dans l'union entre les personnes que constitue le mariage. Le code civil n'impose aux époux que le devoir de fidélité (c. civ. art. 212). Mais nul doute que la loyauté entre époux informe l'ensemble des devoirs conjugaux, à tel point que l'adultère n'est cause de divorce qu'à la condition qu'il n'y ait pas connivence entre les époux¹¹. En somme, le fait lui-même n'est fautif que s'il est injure à la confiance, donnée et reçue.

b) Dans les relations patrimoniales, la loyauté est condition et conséquence de la confiance. Toutes les fois que par la convention ou par la loi, les intérêts d'une personne sont confiés à autrui, surgit une obligation de loyauté intense, qui constitue même l'obligation principale du dépositaire de la confiance ; celui-ci doit, bien-sûr, exécuter sa mission : faire, ne pas faire, donner ; mais plus encore conformer sa conduite aux exigences de l'intérêt d'autrui.

Tel est le cas, bien-sûr, dans le contrat de confiance par excellence que constitue le mandat. Une abondante jurisprudence, civile et pénale, sanctionne le mandataire qui, bien qu'il exécute formellement sa mission, protège ses intérêts, plutôt que ceux du mandant¹². Ainsi s'explique aussi la prohibition énoncée à l'article 1596 c. civ. : l'administrateur du patrimoine d'autrui (tuteur, mandataire) ne peut, à peine de nullité, acquérir les biens qu'il est chargé de vendre, ou même d'administrer.

Ce devoir n'est pas lié, d'ailleurs, à une mission particulière ; il s'étend à tous les gestionnaires des biens d'autrui, même s'ils disposent d'une large autonomie. Ainsi la loi de *modernisation des activités financières* du 2 juillet 1996, impose-t-elle aux prestataires de service d'investissement des « règles de bonne conduite », à définir par le Conseil des Marchés Financiers, au premier rang desquelles figure l'obligation de « se comporter avec loyauté et agir avec équité au mieux des intérêts de leurs clients et de

⁹ Sur l'altérité, v. notamment A. Seriaux, *Le droit : une introduction*, Ellipses 1997, n° 21 et s.

¹⁰ V. sur cette variabilité, et l'influence qu'elle exerce sur l'abus en matière contractuelle, P. Stoffel-Munck, thèse précitée, n° 241 et s.

¹¹ Civ. 2e, 29 janv. 1969, B. II, n° 27 ; Civ. 2e, 4 juil. 1973, B. II, 214.

¹² Ph. Petel, *Les obligations du mandataire*, th. Montpellier.

l'intégrité du marché » (art. 58). Et le projet de loi mort-né sur la fiducie se proposait aussi d'imposer au fiduciaire d'exercer sa mission « dans le respect de la confiance du constituant » (projet art. 2070-1 c. civ.).

c) Des relations fondées sur la confiance, le devoir gagne naturellement celles qui impliquent plus modestement un intérêt commun : les rapports entre associés, dominés par le *jus fraternitatis*, appellent la loyauté¹³ et limitent la liberté pour chacun de servir ses intérêts égoïstes. On se souvient qu'à la charnière du mandat et de la société, la Cour de cassation a pu découvrir « un devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé »¹⁴ et lui interdit de s'enrichir au détriment de celui dont il porte les intérêts.

De même encore, le contrat d'édition, dans lequel l'auteur abandonne ses intérêts pécuniaires entre les mains de l'éditeur, interdit-il à celui-ci tout montage même licite qui lui permette d'échapper à une reddition de comptes sincères¹⁵. Dans tous les cas, le devoir de loyauté est l'auxiliaire de la confiance donnée.

d) Mais il accompagne aussi les relations établies sur une confiance nécessaire, lorsque le sort du débiteur dépend de la conduite du créancier. Ainsi, a-t-on pu fonder sur ce devoir certaines règles de protection de la caution : l'article 2037 c. civ. qui libère la caution lorsque le créancier néglige de préserver le recours de celle-ci¹⁶. Le contrat est pourtant conclu dans l'intérêt du créancier qu'il garantit, étranger à celui de la caution. Cependant, le créancier porte l'intérêt de la caution.

Le devoir de loyauté n'est donc pas seulement l'apanage des relations de faible altérité. Comment s'étonner qu'il imprègne aussi les relations de méfiance.

II. — LOYAUTÉ ET RELATIONS DE MÉFIANCE

La conclusion d'une convention met en présence des intérêts contraires, que chacune des parties entend bien défendre et servir, mais qui convergent ponctuellement. La plupart des conventions associent des intérêts conflictuels qui s'entendent sur un objet commun¹⁷. Le vendeur et l'acquéreur, le bailleur et le locataire ont et conservent des intérêts contraires, que le contrat sert également ; le vendeur ne contracte pas dans l'intérêt de l'acheteur, et réciproquement. C'est ce que l'on peut appeler une relation de méfiance.

¹³ Y. Guyon, « La fraternité dans le droit des sociétés », *Rev. sociétés*, 1989, p. 439 ; L. Godon, *Les obligations des associés*, th. Paris, 1996, n° 171 et s.

¹⁴ Com. 27 fév. 1996, B. IV, n° 65 ; D. 96, 518, n. Ph. Malaurie ; *JCPE* 1996, II, 838, n. D. Schmidt et N. Dion ; B. Joly 1996, 485, n. Couret ; *JCP* 96, II, 22665, n. J. Ghestin ; *RTDC*. 1997, 114, obs. J. Mestre.

¹⁵ C. A. Paris, 9 sept. 1998, *Uderzo c. Dargaud*, D. Aff. 1998, 1647.

¹⁶ Sur le fondement de cette déchéance, v. notamment Ch. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, th. Montpellier 1980, n° 418 et s.

¹⁷ V. par ex. M.-A. Frison-Roche, « Remarque sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTDC* 1995, p. 573.

Le devoir de loyauté n'en existe pas moins, à la charge de chacune des parties. Il s'impose aussi bien lors de la *conclusion* que de l'*exécution* ou de la *rupture* du contrat. Les applications sont légion. On n'en retiendra que quelques-unes.

a) Dans la négociation du contrat, il s'exprime par la prohibition des manœuvres dolosives, et plus encore dans les obligations qui président au processus de la négociation : liberté de rompre, certes ; mais rupture fautive, si elle surprend la confiance légitime qu'un partenaire a pu fonder sur l'attitude de l'autre, qui a poursuivi des pourparlers alors qu'il avait déjà décidé de rompre, ou n'avait pas les moyens de conclure le contrat¹⁸.

b) Dans la période d'exécution du contrat, la loyauté impose au créancier comme au débiteur de faire ce qui est en leur pouvoir pour parer aux difficultés imprévues¹⁹, faire produire au contrat son effet utile et ne pas s'arc-bouter sur leurs droits et obligations ; mais au contraire échanger des informations et même collaborer, en vue de procurer à chacun le résultat escompté²⁰. Certains avancent même que la loyauté pourrait les obliger à renégocier. En tout cas, elle explique que le débiteur ne puisse pas s'exonérer par avance des conséquences d'une inexécution intentionnelle.

c) Enfin, la cessation du contrat, loin de faire échapper les parties à ce devoir, appelle intensément la loyauté. Le droit de faire cesser un contrat ou de ne pas le renouveler n'est pas en cause ; mais son exercice est fautif, partant souvent inefficace, lorsqu'il vient surprendre les prévisions légitimes du cocontractant, liées à l'ancienneté des relations, ou à l'espérance de stabilité qu'avait suscitée l'auteur de la rupture²¹.

Nul intérêt commun, dans tous ces cas : chacun sert son intérêt propre. La loyauté s'impose plus fortement alors, qui interdit la duplicité.

d) Plus généralement, la contradiction entre le comportement affiché et l'exercice d'un droit peut aboutir à l'anéantissement de celui-ci, dont l'invocation apparaît alors illégitime. Par exemple, le comportement du créancier, au cours du procès ou en dehors de tout procès, peut lui interdire d'invoquer telle cause de rupture ; celui du débiteur,

¹⁸ Ex. : Com. 7 janv. 1997 et 22 avril 1997, D. 98.45, n. P. Chauvel ; Civ. 3, 3 oct. 1972, B. III, n° 491 ; pour d'autres exemples, P. Jourdain, *Jcl. civil*, Responsabilité précontractuelle.

¹⁹ V. par exemple, dans le droit du commerce international : *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, UNIDROIT, a. 6.2.3. ; *Principes du droit européen du contrat*, a. 2.117.

²⁰ Ex. : Com. 31 mars 1992, *RTDC* 1992, 760, obs. J. Mestre ; soc. 25 fév. 1992, B. V, n° 122 ; *RTDC* 1992, *ibid* ; Com. 3 nov. 1992, B. IV, n° 338 ; Civ. 1, 23 janv. 1996, B. I, n° 36 ; Def. 96, a. 36354, n° 55, n. Ph. Delebecque, Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, L.G.D.J. 1989, préf. G. Couturier ; *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, JCP 88.I.3318.

²¹ Com. 20 janv. 1998, D. 98, 413, n. Chr. Jamin ; 11 juin 1978, B. IV, n° 199 ; 5 avril 1994, D. 95, 355 ; JCP 94.I.3803, n. Ch. Jamin, J. Mestre, « Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque de l'I.D.A., 1996, PUAM 1997, p. 13 et s.

telle clause limitative de son obligation²². De même, encore, qu'il est déloyal, lorsqu'on a suspendu son obligation à la survenance d'un événement futur, de fausser le cours naturel des choses en empêchant cet événement de survenir (c. c. art. 1178). Plus encore qu'à la violation d'une exigence morale, ces solutions de droit positif s'expliquent par l'impératif de cohérence, de non-contradiction au détriment d'autrui²³, au bénéfice de la sécurité.

Une étape de plus dans l'altérité : il arrive souvent que les acteurs soient adversaires ; la loyauté s'impose encore.

III. — LOYAUTÉ ET RELATIONS CONFLICTUELLES

Comme celui de la chevalerie, le monde des juristes ne répugne pas au combat.

L'état de droit n'est pas un monde immobile et amical : la stratégie, la conquête, la contradiction sont les instruments du dynamisme. Le droit du marché exalte la compétition (a). Tandis que l'on attend que surgisse du combat judiciaire la justice et même la vérité (b).

a) Dans l'ordre économique, la clientèle est le nouvel enjeu des guerres de conquêtes. La concurrence est un *droit* en même temps qu'un *devoir*, reconnus nécessaires au bien être général. Mais ce combat doit être loyal ; tous les coups ne sont pas permis. Depuis le début du XIX^e siècle, les tribunaux entendent moraliser la compétition, à l'aide du concept ambigu de « concurrence déloyale ». La concurrence déloyale n'est pas la concurrence illégale, ni la concurrence anticontractuelle²⁴. Elle consiste en l'emploi d'armes interdites par les usages du commerce et l'honnêteté professionnelle. Le dénigrement du concurrent, la création d'une confusion, la désorganisation de l'entreprise concurrente, la désorganisation du marché, constituent autant d'atteintes à la confiance du milieu professionnel, sanctionnées par la responsabilité de droit commun²⁵.

Il arrive cependant que le Marché réclame une organisation particulière de la loyauté, parce que la conquête ne met pas en présence des acteurs de poids égal. C'est ainsi que la loi du 2 juillet 1996 a doté les marchés financiers d'une autorité professionnelle, chargée d'élaborer un règlement général, afin d'assurer l'égalité des actionnaires et la transparence des marchés. S'agissant des offres publiques d'acquisition, par lesquelles se réalisent les raids des temps modernes, ce règlement se propose de fixer le *processus* de conduite d'une offre publique et a pour objet d'assurer « le respect par l'ensemble des parties à une offre des principes d'égalité des actionnaires, de transparence et d'intégrité du marché et de loyauté dans les transactions et la compétition ». Cette loyauté est assurée

²² B. Fages, *Le comportement du contractant*, th. Aix, PUAM 1997, préf. J. Mestre, n° 242 et s. ; Civ. 3, 8 avril 1987, B. III, n° 88 ; Civ. 1, 16 avril 1996, RTDC 1996, 900, obs. J. Mestre ; Civ. 1, 22 mai 1991, JCP 92.II.21799, n. J. Bigot.

²³ Marques de la présence dans notre droit de l'estoppel, v. *infra*.

²⁴ V. notamment, Ripert et Roblot, *Traité de droit commercial*, t. I, 17^e éd. par M. Germain et L. Vogel, n° 464 ; Houin et Pedamon, *Droit commercial*, 9^e éd., n° 547 et s., se référant à P. Roubier.

²⁵ Ex. : Com. 24 mars 1998, D. 99 s. com. 105, rappelant que la faute de déloyauté doit être prouvée.

notamment par le dépôt d'une lettre précisant les objectifs et les intentions de l'initiateur²⁶, publiée par l'autorité administrative.

b) Comment s'étonner alors que dans l'affrontement que constitue le procès se présente encore le devoir de loyauté ? Loyauté dans la recherche des preuves qui s'impose dans le procès pénal, pourtant destiné à faire surgir la vérité : les stratagèmes de la police ou du juge d'instruction, les machinations ou les tromperies destinées à établir une preuve condamnant cette preuve même²⁷ ; principe qui avive l'intérêt de la subtile distinction entre les écoutes téléphoniques permises et interdites²⁸.

Loyauté dans le procès civil, inséparable du principe même du contradictoire²⁹, et qui s'impose aux parties, notamment dans l'utilisation de leurs moyens, aussi bien qu'au juge (NCPC, a. 7) ou à l'expert (NCPC, a. 237). Ici encore, la loyauté interdit l'imprévisible, c'est-à-dire l'utilisation d'une arme que l'autre partie n'est pas à même de contrer.

Ce devoir inspire surtout le principe de l'estoppel, l'interdiction de se contredire aux dépens d'autrui, devenu règle de l'arbitrage international³⁰ et peut être un jour du droit français³¹.

Ainsi, l'obligation de loyauté imprègne-t-elle tous les rapports juridiques, avec une intensité sans doute variable en fonction du degré d'altérité, de la relation de confiance à la relation de conflit.

* *
*

Que conclure ?

– Qu'y a-t-il de commun entre la loyauté qui s'impose au juge d'instruction, au négociateur, à l'initiateur d'une offre publique ou au mandataire ?

– S'agit-il de la même obligation ?

• Sans doute le contenu de cette obligation varie-t-il d'une relation à l'autre ; la prestation due est hétérogène.

²⁶ Règlement C.M.F. du 5 novembre 1998, a. 5-1-1, et 5-1-4

²⁷ P. Bouzat, « La loyauté dans la recherche des preuves », *Mélanges Hugueney*, p. 155 ; M. Rousselet, « Les ruses et les artifices dans l'instruction criminelle », *R. sc. crim.* 1946, p. 50 ; Stéphani, Levasseur, et B. Bouloc, *Procédure finale*, 16e éd., n° 36 et s. ; v. un ex. récent : crim. 27 fév. 1996, JCP 96, II, 22629, n. M.L. Rassat.

²⁸ Sur laquelle, v. notamment les obs. critiques M. L. Rassat, n. précitée.

²⁹ Couchez, *Procédure civile*, Dalloz, 1998, n° 291 ; ex. : Civ. 2, 12 mars 1996, *RTDC* 1996, 199, obs. R. Perrot.

³⁰ Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, n° 1462.

³¹ H. Muir-Watt, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », *Mél. Loussouarn*, p. 303 et s.

- Mais plusieurs éléments manifestent l'existence d'un devoir commun :
 - D'abord l'effet de l'obligation de loyauté : dans tous les cas, elle interdit l'invocation ou l'utilisation d'un droit ou d'une prérogative. On peut ainsi douter que la responsabilité civile, dans sa fonction réparatrice, soit une sanction appropriée. La déchéance est plus convenable.
 - Ensuite le sens de cette obligation : c'est le piège, le traquenard dans l'utilisation d'un droit qui est interdit ; c'est-à-dire surprendre autrui. Par exemple, le mandataire surprend s'il agit dans son propre intérêt ; de même le débiteur surprend le créancier s'il empêche la condition suspensive de survenir, ou le juge d'instruction dérobe l'aveu, s'il use d'un stratagème.
 - De là, enfin, le contenu positif de cette obligation : adopter un comportement unifié sur lequel autrui puisse fonder ses prévisions.

À cet égard, le devoir de loyauté est indispensable à tous les rapports sociaux, à l'action même, parce qu'il contribue à dissiper l'incertitude de l'avenir.

Nous sommes bien loin du pur et vague devoir moral de se bien comporter.

1 place Victor Hugo
75116 Paris