

DE MAURICE NUSSENBAUM\*  
SUR

## LE DEVOIR DE LOYAUTÉ, UN IMPÉRATIF ÉCONOMIQUE

1. L'obligation de loyauté est-elle seulement la conséquence d'un devoir moral qui s'est progressivement imposé dans les sociétés développées ou bien répond-elle également à un fondement économique qui ferait de la confiance un bien économique ?

Confiance et loyauté ne s'imposent pas d'emblée au niveau individuel et découlent de règles et conventions qui ont pour objet d'éviter les comportements opportunistes centrés sur le seul intérêt individuel immédiat où chacun ne voit que son propre intérêt et nuit finalement à l'intérêt collectif (cf. notamment le dilemme du prisonnier)<sup>1</sup>.

Pour que la confiance s'impose, il faut donc, dans un univers rationnel, qu'elle génère des avantages. Kenneth Arrow en 1974 avait montré qu'elle était une condition de fonctionnement des marchés organisés<sup>2</sup>.

Cette conception relie confiance et loyauté à la réputation : en effet, on est loyal pour acquérir la réputation d'être loyal, et ce, afin d'obtenir un certain niveau de confiance de la part des tiers.

Ainsi loyauté et confiance constituent deux notions indissociables : on ne peut être loyal que si on a confiance en son partenaire.

De nombreux auteurs ont étudié le rôle de la confiance dans le développement économique contemporain. Ils ont montré comment la

confiance et la loyauté en tant que normes sociales permettent d'accroître l'efficacité économique de la société.<sup>3</sup>

On évoquera notamment Fukuyama (1995)<sup>4</sup> qui a expliqué comment le niveau de confiance au sein d'une société déterminait la performance de l'ensemble des institutions sociales et, par là même, le développement économique d'une nation.

La raison fondamentale est que les individus qui évoluent dans des sociétés à haut niveau de confiance sont incités à moins dépenser pour leur protection contre d'éventuels comportements opportunistes. La confiance permet ainsi de réduire les coûts de contrôle : « *la prospérité d'une nation et sa compétitivité sont conditionnées par une seule et unique caractéristique culturelle omniprésente : le niveau de cohérence propre à la société* ».

En fait, comme l'ont montré Zak et Knack<sup>5</sup>, les agents peuvent soit utiliser leurs ressources pour vérifier ce que leur disent leurs cocontractants ou bien leur faire confiance et utiliser leurs ressources de manière plus productive. La confiance est favorisée par les institutions formelles, sociales et économiques, qui de ce fait permettent d'optimiser le niveau des investissements. Il existe donc bien un lien entre confiance et croissance.

---

\* Maurice Nussenbaum est professeur des universités à l'Université Paris 9 Dauphine, expert financier agréé par la Cour de cassation et président de Sorgem Évaluation.

1 - Ejan Mc Kaay, p. 54-56, *L'analyse économique du droit*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2008.

2 - Kenneth Arrow, « Limited knowledge and Economic Analysis », *American Economic Review*, Vol. 64(1), 1-10.

---

3 - Cf. une synthèse dans T. Tazdaït, *L'analyse économique de la confiance*, De Boeck, coll. Ouvertures économiques 2008.

4 - Francis Fukuyama, *La confiance et la puissance – Vertus sociales et prospérité économique*, Plon, 1995, p. 19.

5 - Paul J. Zak and Stephen Knack, « Trust and Growth », *The Economic Journal*, Vol. 111, No. 470 (Apr., 2001), pp. 295-321.

L'approche moderne considère la confiance comme une institution informelle et le système judiciaire comme une institution formelle. Les deux types d'institutions sont importants pour favoriser le développement économique. La confiance est plus liée aux traditions culturelles et se manifeste par la volonté de permettre aux actions des autres d'influencer son propre bien-être<sup>6</sup>. En effet, un agent économique sera disposé à prendre des risques à partir des actions des autres acteurs s'il pense qu'ils se comporteront correctement, c'est-à-dire loyalement.

2. Quelle est la conséquence de ces observations à portée générale sur l'analyse économique du droit contractuel<sup>7</sup> ?

On va montrer qu'il en est de même. La loyauté dans les contrats génère des avantages économiques significatifs.

L'analyse économique prend en compte le rôle du droit en termes de coût-avantage : l'intervention corrective du droit (à la fois à travers le contrat et le procès) se justifie lorsque son coût est inférieur aux économies qu'elle permet de réaliser par rapport aux aménagements que les parties pourraient mettre en œuvre elles-mêmes<sup>8</sup>.

D. Wittman (2006)<sup>9</sup> indique que le rôle du droit contractuel est de minimiser la somme de trois coûts comprenant : les coûts de formulation du contrat par les parties, les coûts de formulation par les tribunaux et les coûts liés à

des comportements inefficaces résultant des contrats mal rédigés ou incomplets.

Ces coûts sont à considérer au niveau collectif et non au cas par cas. Ils constituent le coût global des accidents de parcours dans le contrat.

Dans cette optique, le premier terme concerne les coûts supportés pour négocier et formuler le contrat, le deuxième concerne l'intervention de l'autorité publique, notamment pour sanctionner la mauvaise exécution, et le troisième a trait à la mauvaise évolution des affaires qui résulte de contrats mal rédigés et mal contrôlés.

Comme l'indique Mc Kaay<sup>10</sup> la confiance (ou la loyauté – indiquée par nous) permet à l'acteur d'abaisser son niveau d'autoprotection par rapport à ce qui serait approprié à l'égard d'interlocuteurs inconnus. Elle permet donc d'abaisser les coûts de transaction et d'augmenter le nombre de contrats conclus.

Mais, dans la même perspective de réduction des coûts de transaction, il existe une forte complémentarité entre le fonctionnement des institutions formelles et, notamment, la responsabilité contractuelle et le rôle de la loyauté pour améliorer la performance économique.

La confiance suppose des informations suffisantes sur l'interlocuteur ou sur des produits. En retour, ces informations permettent à un acteur de déterminer la confiance qu'il peut accorder à un contrat et même de le décider à le conclure.

3. La question qui en découle est donc celle de l'information optimale à communiquer.

On distingue trois types d'informations, celles acquises directement par l'intéressé, celles fournies par le co-contractant, celles obtenues des tiers. Plus les informations disponibles seront fiables, moins les coûts de recherche seront importants, d'où la nécessité d'examiner le contenu de l'obligation de renseignement pour le co-contractant.

L'analyse économique s'appuie sur le concept de « *cheapest cost avoider* »<sup>11</sup>. Cette approche est

---

6 - Joël Sobel, « Can We Trust Social Capital? », *Journal of Economic Literature*, pp. 139-154 (March 2002).

7 - À cet égard, la proposition de règlement du 11 octobre 2011 du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente (COM (2011) 635 FINAL) a consacré le principe de « bonne foi-loyauté » qui complète le devoir de bonne foi qui était déjà consacré par les principes UNIDROIT et les principes du droit européen. Ce principe de bonne foi-loyauté permet de maintenir une relation de confiance et consacre une solidarité entre les parties contractantes qui s'entend comme la présentation des intérêts de chacun. À cet égard, on évoque l'obligation de renégociation en cas de changement exceptionnel (art. 97), celle de mise en garde (art. 152) et celle de minimiser le dommage (art. 163). – cf. Sabrina Bringuier-Fau « Vers la consécration des grands principes européens des contrats : l'exemple du principe de bonne foi-loyauté », *Revue Lamy Droit des affaires*, n° 79, février 2013, pp. 66-70.

8 - Mc Kaay, p. 373, §1333, *op. cit.*, *L'analyse économique du droit*.

9 - Donald Wittman, *Economic Foundations of law and organization*, Cambridge University Press, 2006.

---

10 - McKaay, *op. cit.*, note n°19, §1381.

11 - « *Celui qui peut au moindre frais réduire ou éviter les coûts* », cf. Guido Calabresi, *The cost of accidents: a legal and economic analysis*, 1970, New Haven Yale University Press. Pour Calabresi, le système optimal de responsabilité quasi-délictuelle est celui qui minimise la somme des coûts des accidents et des précautions pour les éviter, y compris les coûts administratifs judiciaires. Il

fondée sur la recherche d'efficacité des règles de responsabilité : on attribue la responsabilité d'une éventuelle imprudence dans le domaine quasi-délictuel à celle des parties concernées qui peut au moindre coût réduire les coûts de précaution susceptibles d'éviter les pertes ou accidents.

Sur la base de ce principe, Kronman<sup>12</sup> considère que l'information acquise sans effort particulier dans le cours ordinaire de l'usage d'une chose doit être normalement divulguée, car cela améliore l'efficacité *a posteriori* des échanges.

Si, par contre, son obtention requiert des recherches coûteuses qui impliquent une rentabilisation des efforts mis en œuvre, elle est considérée comme appartenant à celui qui l'a obtenue.

En effet, obliger à divulguer des informations acquises de manière coûteuse, peut dissuader de les rechercher.

Le droit ne suit pas réellement cette logique puisqu'il définit des droits et devoirs d'informations spécifiques dans la plupart des domaines, que cela implique des coûts de recherche ou pas<sup>13</sup>. On peut cependant noter que la jurisprudence « *tempère le droit de savoir par un devoir de curiosité et de vigilance qui traduit l'exigence de collaboration entre les parties au contrat* »<sup>14</sup>.

Le devoir de vigilance pèse plus lourdement sur l'acquéreur professionnel (on retrouve implicitement l'application de la théorie du « *cheapest cost avoider* »), car il est censé être en mesure de découvrir les choses qu'il achète. Il est aussi imposé à l'acquéreur profane, tenu de se livrer à un examen normalement attentif de la chose (Cour de cassation, *op. cit.*, p. 12). De même, la troisième chambre civile a décidé, en matière immobilière, que « *l'acquéreur n'est pas tenu de procéder à des investigations pour pallier l'insuffisance d'information donnée par le vendeur* » (3<sup>e</sup> chambre civile, 25 octobre 2006, pourvoi n° 05-17.115).

---

conduit à faire supporter la charge des précautions à l'agent pour lequel il est le moins élevé.

12 - Kronman Anthony T., « Mistake disclosure, information and the law of contract », *Journal of legal studies*, 1978, pp. 1-34.

13 - Cour de cassation, rapport 2010, Études : Obligation d'information et contrat.

14 - Cour de cassation 2010, *op. cit.*

La jurisprudence conduit également à exiger du vendeur qu'il informe son acquéreur de l'ensemble des informations dont il a connaissance et qui pourraient influencer sur l'acte d'achat, mais aussi de faire rechercher les vices par un professionnel présentant des garanties de compétence. On voit ainsi que pour le droit, et en particulier dans le domaine immobilier, l'obligation d'informer n'est pas limitée aux informations disponibles sans coût de recherche.

Dans un domaine autre, celui de l'information des actionnaires, on montre aisément que la réduction des asymétries d'information entre dirigeants (*insiders*) et actionnaires externes permet d'améliorer le financement de l'entreprise à travers l'émission d'actions ou de dettes et réduit son coût du capital et les risques de délit d'initié.

Mais en même temps, on observe des résistances importantes à la divulgation qui ne sont pas toutes dues à la volonté des dirigeants de bénéficier d'avantages par rapport aux actionnaires externes. On évoque les coûts générés par des obligations trop tatillonnes, mais aussi les biais engendrés en faveur d'informations biaisées par le risque d'une orientation court termiste<sup>15</sup> qui peut, dans certains cas, obscurcir et cacher derrière les détails réglementaires, les informations importantes.

L'approche par le test de Kronman est donc insuffisante. Il existe cependant une convergence sur les points suivants :

- Obligation de divulguer pour corriger une conception erronée chez le co-contractant, dès lors que l'information est disponible, car les contrats passés sur la base d'une information complète ont des meilleures chances d'être efficaces collectivement et d'éviter des gaspillages de ressources. Cela s'applique notamment lorsque le détenteur de l'information est lui-même expert en la matière (œuvre d'art par exemple). C'est notamment le cas des vices cachés.

- Mais cette obligation ne doit pas limiter la recherche dans des informations utiles, impliquant des coûts. De ce fait, on considère que l'information coûteuse à obtenir appartient, dans le cas général, de manière privative à celui qui l'a recherchée.

---

15 - B. Hermalin et M. Weisbach, « Information Disclosure and Corporate Governance », *The Journal of Finance*, Vol 67, Issue 1, Février 2012, pp. 195-233.

L'obligation de divulguer est donc limitée au cadre suivant :

- Il faut qu'il y ait asymétrie entre les parties,
- que la partie avantagée puisse tirer profit aux dépens de l'autre,
- de manière significative, dépassant un certain seuil de gravité,
- il ne faut pas que la recherche d'informations engendre des coûts.

Le niveau d'information à divulguer doit, au plan économique, être décidé :

- en fonction d'une analyse coût-avantage à la fois du point de vue individuel et collectif,
- et, en fonction des effets qu'une règle de droit spécifique peut avoir sur le fonctionnement des marchés.

Ainsi l'analyse économique du droit nous éclaire sur l'intérêt des comportements loyaux à travers la divulgation des informations pertinentes.

4. La mise en œuvre de ces comportements efficaces suppose un système de sanction adéquat des comportements déloyaux.

La loyauté ayant des effets économiques positifs, elle constitue, de ce fait, un bien collectif qui doit être préservé en tant que tel et les situations déséquilibrées avec violations graves doivent donner lieu à des réparations ayant une dimension incitative, même sans aller jusqu'aux dommages punitifs.

Les sanctions peuvent être endogènes, de type réputationnel (voir notamment l'exemple de la notation des vendeurs sur eBay) : l'agent déloyal se voyant privé de possibilités d'exercer des transactions, mais ce système ne fonctionne qu'à l'intérieur de groupes fermés.

Elles doivent surtout être efficaces, c'est-à-dire éliminer non seulement le gain réalisé, mais aussi anticipé par l'auteur du préjudice, et ne pas se limiter à la perte de chance pour la victime lorsque ce gain lui est très supérieur.

L'atteinte aux droits ne doit pas générer de profits indus (fautes lucratives)<sup>16</sup>. La réparation intégrale de la victime devrait comprendre la restitution des gains illicites engendrés par le comportement déloyal dès lors que ce qui a été gagné par l'un a, d'une manière ou d'une autre, été perdu par l'autre (qu'il s'agisse d'une perte effective ou d'un coût d'opportunité). On

constate cependant, dans la pratique des tribunaux, que la perte de chance conduit très souvent à sous-estimer les dommages du fait du caractère arbitraire du choix du coefficient de probabilité associé à la chance perdue<sup>17</sup>.

---

16 - Maurice Nussenbaum, « Comment mieux punir les fautes lucratives », Club des juristes, Les Echos, avril 2011.

---

17 - Cf. « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté » par Maurice Nussenbaum, Gazette du Palais, 23 et 24 juin 2012.