NNT/NL : 0000AIXM0000/000ED000

THÈSE DE DOCTORAT

Soutenue à Aix-Marseille Université
le 25 septembre 2023 par

Tidiane BALDÉ

Le nouvel essor de l'obligation d'information précontractuelle en droit commun des contrats

Discipline
Droit

Spécialité
Droit privé

École doctorale
École doctorale : Sciences juridiques et politiques : ED67

Laboratoire/Partenaires de recherche
Centre de droit économique (EA 4224)

Composition du jury

Lucie WATRIN — Rapporteure
Professeur, Université de Bourgogne

Jean-Christophe RODA — Rapporteur
Professeur, Université Lyon 3

Nicolas BALAT — Président du jury
Professeur, Université d'Aix-Marseille

Frédéric BUY — Directeur de thèse
Professeur, Université d'Aix-Marseille

Affidavit

Je soussigné, Tidiane BALDÉ, déclare par la présente que le travail présenté dans ce manuscrit est mon propre travail, réalisé sous la direction scientifique de Frédéric BUY, dans le respect des principes d'honnêteté, d'intégrité et de responsabilité inhérents à la mission de recherche. Les travaux de recherche et la rédaction de ce manuscrit ont été réalisés dans le respect à la fois de la charte nationale de déontologie des métiers de la recherche et de la charte d'Aix-Marseille Université relative à la lutte contre le plagiat.

Ce travail n'a pas été précédemment soumis en France ou à l'étranger dans une version identique ou similaire à un organisme examinateur.

Fait à Aix-en-Provence , le 5 juillet 2023

Liste de publications et participation aux conférences

1) Liste des publications réalisées dans le cadre du projet de thèse :

    1. « L'illettrisme n'est pas une cause de nullité de la convention d'arbitrage », *Lexbase Afrique-OHADA*, n°27, 2019
    2. « La validité de l'acte de l'illettré : La Cour suprême du Sénégal versus la CCJA », *RARJP,* Vol2 - N°9 – Septembre 2023
    3. Annotation Code des obligations civiles et commerciale du Sénégal, À paraître
    4. Annotation Code OHADA, À paraître

    …

2) Participation aux conférences et écoles d'été au cours de la période de thèse :
    1. Présentation orale sur la responsabilité de la société-mère du fait de ses filiale en Droit OHADA, webinaire du Club OHADA Casamance, 30 septembre 2022
    2.
    3.

    …

Résumé

L'obligation d'information est l'une des principales innovations de l'ordonnance nº 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Les parties sont désormais tenues d'échanger mutuellement des informations avant de conclure leur contrat. Pour ce faire, le créancier doit ignorer l'information ou faire confiance à son futur cocontractant. L'information à communiquer doit être aussi déterminante en ayant un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Mais, l'article 1112-1 du Code civil n'est pas le seul fondement de l'obligation d'information précontractuelle en droit commun des contrats. La bonne foi et l'interdiction de la dissimulation intentionnelle évoquent implicitement l'idée d'une obligation d'information précontractuelle. Toutes ces obligations d'information sont d'ordre public et en cas de contentieux la charge de la preuve peut peser sur le créancier ou le débiteur en fonction de la nature de l'obligation d'information. Mais, dans tous les cas, c'est la liberté de la preuve qui s'applique. Le manquement à ces obligations d'information peut être sanctionné par l'allocation de dommages et intérêts, en réparant la perte de chance subie, ou par la nullité du contrat pour dol ou erreur. Mais, les parties peuvent aussi prévoir une clause de force obligatoire de l'information ou une clause de rétractation pour pallier les manquements d'une obligation d'information.

Ces différentes obligations d'information en droit commun des contrats suscitent aussi des interrogations relativement à leurs cohabitations avec les obligations spéciales d'information. Les obligations d'information de droit commun peuvent compléter l'étendue des obligations d'information spéciale. Ces complémentarités existent aussi bien sur le devoir d'informer que sur le devoir de s'informer. Sur le régime juridique, les obligations spéciales d'information peuvent être consolidées par les obligations d'information de droit commun. Mais, dans certaines situations, les obligations d'information de droit commun peuvent entrer en conflit avec les obligations spéciales d'information. Dès lors, pour faire face à ces conflits d'obligation d'information précontractuelle, le législateur français a mis en place une règle de conflit en l'occurrence la *specialia generalibus derogant*. Mais cette règle de conflit n'est pas parfaite ; elle a des insuffisances qui peuvent compliquer son application. D'où la nécessité de sa refonte ou de sa mise en concurrence avec la méthode chronologique ou hiérarchique.

Mots clés : ignorance, confiance, informations déterminantes, dissimulation intentionnelle, bonne foi, complémentarités, conflits

Abstract

The obligation of information is one of the main innovations of the order n° 2016-131 of 10 February 2016 on the reform of contract law, the general system, and the evidence of obligations. The parties are now required to exchange information with each other before to conclude their contract. To do this, the creditor must ignore the information or trust to his future co-contractor. The information to be communicated must also be decisive by having a direct and necessary link with the content of the contract or the quality of the parties. But article 1112-1 of the Civil Code is not the only basis for the obligation to inform pre-contractual in common contract law. Good faith and the prohibition of concealment intentionally implicitly evoke the idea of a pre-contractual information obligation. All these information obligations are of public order and in the event of litigation the burden of the evidence may weigh on the creditor or debtor depending on the nature of the obligation of information. But, in any case, it is the freedom of evidence that applies. A failure to comply with these information obligations can be penalised by the award of damages and interests, by repairing the loss of opportunity suffered, or by the nullity of the contract for wilful or error. But the parties may also provide for an information force clause or a withdrawal clause to compensate for breaches of an information obligation.

These different information obligations in common contract law also give rise to, questions about their cohabitation with special information obligations. Common law information obligations can complement the scope of obligations of information. These complementarities exist both on the duty to inform and on the duty to be informed. On the legal regime, special information obligations can be consolidated by common law information obligations. But, in some situations, common law information obligations may conflict with the special information obligations. Therefore, to deal with these obligations conflicts of pre-contractual information, the French legislator has put in place a conflict rule in the occurrence of the *specialia generalibus derogant.* But this conflict rule is not perfect; it has shortcomings that can complicate its application. Hence the need for its redesign or its competition with the chronological or hierarchical method.

Keywords: ignorance, trust, material information, intentional concealment, good faith, complementarities, conflicts

REMERCIEMENTS

Je remercie très particulièrement monsieur le professeur Frédéric BUY pour ses conseils, ses remarques et sa disponibilité durant tout le déroulement de mes travaux.

À Sirin, je t'adresse une mention spéciale pour ton soutien indéfectible durant toutes ces années.

Chers amis, trouvez dans cette thèse la reconnaissance de vos encouragements.

À Sirin et Oumar

LA LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Act.	Actualité
Adde	Ajoutez
AJ Contrat	Actualité juridique contrat
AJCA	Actualité juridique contrats d'affaires
AJDA	Revue d'analyse et de veille juridiques
AJDI	Actualité juridique droit immobilier
Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée Plénière
BMIS	Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly
BRDA	Bulletin rapide de droit des Affaires
Bull. Joly Sté.	Bulletin joly sociétés
Bull.	Bulletin
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. consom.	Code de la consommation
C. transp.	Code des transports
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass.	Cour de cassation
CCE	Communication - Commerce Électronique
CCH	Code de la Construction et de l'Habitation
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CMF	Code monétaire et financier
Coll.	Collaboration
Com.	Commercial
Comm.	Commentaire
Cons. Const.	Conseil constitutionnel

Constr.- Urb.	Construction – urbanisme
Contrats, conc. consom.	Contrats, concurrence, consommation
D.	Dalloz
Dalloz IP/IT	Droit de la propriété intellectuelle et numérique
Defrénois	Répertoire du Notariat Defrénois
DIP	Document d'information précontractuelle
Dir.	Direction
Doctr.	Doctrine
Dr. et. Patri.	Droit et Patrimoine
Dr. Sociétés	Droit des sociétés
Éd.	Édition
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCI. Concurrence – Consommation	JurisClasseur Concurrence-Consommation,
JCl Notarial Répertoire	JurisClasseur Notarial Répertoire
JCl. Contr. Distr.	JurisClasseur Contrat- Distribution
JCP E	Semaine Juridique Entreprise et Affaires
JCP G	Semaine Juridique Édition Générale
JCP N	Semaine Juridique Notariale et Immobilière
JORF	Journal officiel de la république française
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loyers et Copr.	Loyers et Copropriété
LPA	Les petites affiches
Lxb hebdo, éd. pr. gén.	Lexbase hebdo, édition privé
Méd. et Dr.	Médecine et Droit
Mél.	Mélanges
Mix.	Chambre mixte
N°	Numéro
Obs.	Observation
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
P.	Page
Préc.	Précédent
Préf.	Préface

PUAM	Presse universitaire d'Aix-Marseille
PUF	Presse universitaire Française
RCA	Responsabilité civile et Assurances
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RD bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
RDI	Revue droit immobilier
Règl.	Règlement
Rép. civ.	Répertoire de droit civil
Rép. pén.	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale
Req.	Chambre des requêtes
Resp. civ. Ass.	Responsabilité civile et assurances
Rev. Huissiers	Revue des huissiers de justice
Rev. Loyers	Revue des loyers et des fermages
Rev. sociétés	Revue des sociétés
Rev. sociétés	Revue droit des société
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RJC	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil
RLDI	Revue Le Lamy Droit de l'immatériel
RPI	Revue propriété industrielle
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Suivant
Sect.	Section
Somm.	Sommaire
Sous dir.	Sous la direction
Spéc.	Spécial
suppl.	Supplément
T.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance

Tri. com.	Tribunal de commerce
Th.	Thèse
V°	Voir

SOMMAIRE

PARTIE I : LES NOUVEAUX VISAGES DE L'OBLIGATION D'INFORMATION

TITRE I : *L'ÉVOLUTION DES FONDEMENTS*

CHAPITRE I: L'OBLIGATION D'INFORMATION EXPLICITE

CHAPITRE II : LES OBLIGATIONS D'INFORMATION IMPLICITE

TITRE II : *L'ÉVOLUTION DES RÉGIMES*

CHAPITRE I : L'ORDRE PUBLIC DANS LES OBLIGATIONS D'INFORMATION

CHAPITRE II : LA PREUVE ET LES SANCTIONS DES OBLIGATIONS D'INFORMATION

PARTIE II : LES NOUVEAUX CHAMPS DE L'OBLIGATION D'INFORMATION

TITRE I : *LES COMPLÉMENTARITÉS ENTRE DROIT COMMUN ET DROITS SPÉCIAUX*

CHAPITRE I : LE RENFORCEMENT DU DOMAINE DES OBLIGATIONS SPÉCIALES D'INFORMATION

CHAPITRE II : LES CONSOLIDATIONS DU RÉGIME DES OBLIGATIONS SPÉCIALES D'INFORMATION

TITRE II : *LES CONFLITS ENTRE DROIT COMMUN ET DROITS SPÉCIAUX*

CHAPITRE I : L'IDENTIFICATION DES CONFLITS

CHAPITRE II : LA RÉSOLUTION DES CONFLITS

« *L'obligation de renseignements est partout. Plus la société se technicise, moins on comprend, plus on doit savoir. Plus les dangers s'accroissent, moins on maîtrise, plus il faut être informé* »

N. Molfessis, « De l' obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant *»,* in Mélanges Jean Hauser*, LexisNexis - Dalloz,* 2012, p. 927 s., n° 3.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

En droit des contrats, l'information a toujours été un élément essentiel pour assurer l'équilibre entre les parties et la justice contractuelle. Sans information précontractuelle suffisante, le consentement a de fortes chances de ne pas être intègre. Toutefois, « dans la conception classique du Code civil, la protection de la volonté contractuelle avait été réalisée essentiellement à travers la théorie des vices du consentement, ceux-ci étant d'ailleurs appréciés d'une manière restrictive afin d'assurer une certaine stabilité dans les rapports juridiques. Ce système, acceptable à une époque où le contrat se discutait avant sa conclusion entre des partenaires égaux et conscients de leurs droits, se révéla insuffisant, inefficace ou inadapté »[1]. Ces imperfections avaient conduit la doctrine à plaider pour une reconnaissance de la réticence dolosive comme vice du consentement au même titre que le mensonge et les manœuvres[2]. D'autres sont allés plus loin en soutenant que « face aux errements jurisprudentiels, il est urgent

[1] Y. Boyer, *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat,* préf. Y. Lobin, PUAM, 1978.
[2] G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4e éd., 1949, p. 89, no 48.

que le législateur réagisse et consacre une obligation d'information en droit commun »[3]. Cet appel a été entendu avec la consécration de l'obligation d'information dans le Code civil lors de la réforme du droit des contrats. Ainsi, si certains se réjouissent aujourd'hui du renforcement de la transparence contractuelle à travers l'obligation d'information[4], d'autres en revanche se méfient de celle-ci par rapport à ses contours[5]. Dès lors, il est important de déterminer le nouvel essor de cette obligation d'information en droit commun des contrats. Cependant, avant de délimiter le champ de cette étude (IV), il est important de revenir sur la trajectoire de l'obligation d'information (I), son appréhension en droit comparé (II) et son impact sur le plan économique (III).

I. L'historique de l'obligation d'information

1. La genèse de l'obligation d'information. Dans le Code civil de 1804, Portalis et ses pairs avaient décidé qu'il n'y avait point de contrat lorsque le consentement avait été donné par erreur, extorqué par violence, ou surpris par dol[6]. Le Code civil abordait ainsi le consentement de manière négative. Il ne visait que des faits susceptibles d'altérer le consentement sans pour autant mettre en place des mécanismes permettant d'éviter les vices du consentement[7]. Il s'était avéré donc que les dispositions du Code civil ne prévenaient pas suffisamment les vices du consentement ou encore l'équilibre informationnel. Au nom de la liberté contractuelle, la partie qui connaissait un fait déterminant pour le consentement de l'autre n'était nullement tenue de partager celui-ci[8]. Elle avait tout à fait le droit de se taire sur le fait pertinent et de profiter de

---

[3] S. Le Gac-Pec, « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », *RLDC,* 2012, nº 97.

[4] M. Mekki, « La réforme du droit des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *JCP N,* nº 43-44, 2016, act. 1155, p.5 ; N. Molfessis, « Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », *JCP G,* n° 41, 2017, 1045, n°41

[5] S. Prat, L. Jouault, « L'enjeu : l'efficacité des opérations économiques », in *Un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires, Gaz. Pal.,* 2017, n° HS 3, p. 43 ; J. Vogel, « Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? Une nécessité pour l'économie et les entreprises françaises », *AJ Contrat, 2017*, p. 470 : L'auteur estime que l'économie française n'est pas compétitive au regard des règles qui la gouverne notamment, une intervention excessive dans la vie dans la vie des affaires. Il souligne seul le droit des contrats était épargné par cette intervention étatique, mais celui-ci aussi a perdu son autonomie depuis la réforme.

[6] Ancien art. 1109 C. civ.

[7] P. Catala, « Au-delà du bicentenaire », in *Faut-il réformer le titre III du Livre III du Code civil ?, RDC* 2004, p. 1145 et s. spéc. p. 1150.

[8] A. Maymont, *La liberté contractuelle du banquier : réflexions sur la sécurité du système financier,* préf. D. Legeais, LGDJ, 2014, §240.

l'ignorance de l'autre partie pour réaliser une bonne affaire. Mais, ayant su que le déséquilibre dans l'information précontractuelle pouvait nuire à l'équilibre du contrat et « sensible aussi à l'idée qu'il vaut mieux prévenir que guérir »[9], la doctrine et la jurisprudence avaient lancé une rude bataille contre le défaut d'intégrité du consentement.

Ainsi, afin de permettre aux parties de passer des contrats en toute connaissance de cause, les juges sanctionnaient le défaut d'information sous le fondement de la réticence dolosive ou de la bonne foi[10]. La haute Cour avait ainsi jugé 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 lui, l'aurait empêché de contracter »[11]. Cette position de la jurisprudence a favorisé un développement de l'obligation d'information en droit spécial, notamment en droit de la distribution[12] et en droit de la consommation[13].

Sur le plan doctrinal[14], les auteurs s'étaient aussi mobilisées pour réclamer la mise en place d'une obligation d'information en droit commun des contrats[15]. C'est dans ce contexte que la Cour de cassation avait consacré son rapport annuel de 2010 au « devoir de savoir ». Selon les juges du droit « par l'expression *droit de savoir* sont […] désignés les cas dans lesquels une personne, légitimement ignorante d'une information et ayant de celle-ci un besoin légitime, peut obtenir d'autrui, qui connaît l'information ou, dans certains cas, est censé la connaître, qu'il la lui révèle[16] ». L'obligation d'information précontractuelle commençait ainsi à devenir du droit positif, mais sans aucun fondement exprès en droit commun des contrats. Il a fallu ainsi attendre que le Code Napoléon souffle sa deux cent douzième bougie pour qu'un devoir général d'information précontractuelle élise domicile dans le Code civil français[17].

---

[9] F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, F. Chénedé, *Droit civil : les obligations*, D. 13e éd., 2022, §332.

[10] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, « Formation du contrat : Le contrat – Le consentement », in *Traité de droit civil*, t. 1, 4e éd., LGDJ, 2013.

[11] Cass. 3e civ., 15 janv. 1971, n° 69-12.180, Bull. civ. III, n° 38; V° aussi Cass. com., 27 oct. 1965, n° 64-11.781, Bull. civ. IV, n° 534, RTD civ. 1966, p. 529, note J. Chevalier.

[12] Art. L330-3 C. com.

[13] Art. L.111-1 C. consom.

[14] S. Le Gac-Pec, « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », *art. cit*. nº 97.

[15] J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, Wolters Kluwer*, 2022, §527

[16] Rapport annuel de la Cour de cassation de 2010 sur le « Devoir de savoir », p. 99, https://www.courdecassation.fr/publications/rapport-annuel/rapport-annuel-2010-de-la-cour-de-cassation, 05/04/2023, 17 h 28.

[17] C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.,* 1997, p. 357 et s., spéc., p. 37 ; P. Catala, « Au-delà du bicentenaire », in *Faut-il réformer le titre III du Livre III du code civil* ?, *art. cit.,* p. 1145 et s. spéc. p. 1150.

2. La consécration de l'obligation d'information en droit commun par la réforme du droit des contrats. L'ordonnance nº 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, a consacré un devoir général d'information précontractuelle en droit commun des contrats[18]. Mais, le rapport au président de la République relativement à la réforme souligne que celui-ci n'est pas une nouveauté, il est plutôt une continuité de la jurisprudence et des lois spéciales[19].

Cette obligation d'information figure aujourd'hui à la sous-section relative aux négociations[20], notamment à l'article 1112-1 du Code civil. Il faut toutefois remarquer que dans le projet de réforme, le devoir général d'information était prévu dans une sous-section relative au consentement[21]. Il se confondait ainsi avec les conditions de validité du contrat[22]. Après des critiques bien fondées de la doctrine[23], son emplacement a été rétrogradé à la phase des négociations. Dès lors, à cause de cette localisation, une partie de la doctrine soutient que les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil ne s'appliquent qu'aux contrats négociés[24]. Mais une telle interprétation, quoique logique, réduirait drastiquement la portée du devoir d'information et fausserait par conséquent la vision du législateur d'assurer un équilibre contractuel en protégeant les parties les plus faibles.

Le contenu du devoir général d'information a aussi connu une évolution non négligeable entre le projet de réforme et l'ordonnance. En effet, le texte définitif a ajouté plusieurs alinéas à l'article 1112-1 du Code civil, notamment les alinéas relatifs à la notion d'information déterminante, à la charge de la preuve, et à l'exclusion de l'information sur la valeur[25]. Quant à la loi nº 2018-287 du 20 avril 2018, ratifiant l'ordonnance nº 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, elle n'a pas modifié les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil sur le devoir général

---

[18] P. Puig, « La phase précontractuelle », *Dr. et. Patri*, nº 258, 2016, p. 52.

[19] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance nº 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, NOR : JUSC1522466P, JO 11 février 2016.

[20] Sur les critiques de cet emplacement V° : A. Pélissier, « Formation du contrat », *RGDA*, 2017, nº 11, p. 591.

[21] Projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Chancellerie, février 2015.

[22] J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit,* §528.

[23] N. Molfessis, « La formation du contrat », *JCP G* 2015, nº 21, suppl., nº 6 ; J. Klein, « Le consentement », *JCP G*, 2015, nº 21, suppl., p. 14, spéc. nº 7.

[24] I. Urbain-Parleani, « Le devoir d'information et les cessions de droits sociaux brèves remarques », in J. Heinich et V. Thomas (dir.), *Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats, RJ Com.* 2017, nº 6, p. 553.

[25] J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §534.

d'information[26]. Elle a toutefois prévu une méthode d'articulation entre le devoir général d'information et la réticence dolosive quant à l'information sur la valeur.

Désormais, en droit commun des contrats, le nouvel article 1112-1 du Code civil dispose que « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ».

Baptisées « devoir » d'information et non « obligation » d'information[27], les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil érigent au rang de principe l'obligation d'information précontractuelle sans distinction sur la qualité des parties ou la nature du contrat[28]. Le devoir d'information précontractuel est dorénavant légal, général et d'ordre public.

Par ailleurs, l'article 1112-1 du Code civil peut ne pas être le seul fondement de l'obligation d'information précontractuelle en droit commun des contrats. En effet, en plus du devoir général d'information, le législateur français semble instaurer d'autres mécanismes évoquant implicitement une obligation d'information précontractuelle. Il s'agit de la bonne foi et de la dissimulation intentionnelle.

Si la bonne foi était bien connue dans l'ancien Code civil français, elle n'a nullement été pensée comme une obligation d'information précontractuelle par Portalis et ses pairs. L'ancien article 1134 du Code civil en prévoyant que les conventions devaient être exécutées de bonne foi ne faisait aucunement référence à la phase précontractuelle, encore moins à une obligation d'information précontractuelle, même si la jurisprudence l'avait parfois empruntée pour sanctionner la réticence dolosive. Cependant, depuis la réforme du droit des contrats, la bonne foi a reçu de nouveaux attributs. Le nouvel article 1104 du Code civil dispose que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ».

En plus de la bonne foi, la consécration de la dissimulation intentionnelle comme vice du consentement peut conduire à se demander si celle-ci n'est pas une autre forme d'obligation

---

[26] N. Molfessis, « Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », *JCP G,* nº 41, 2017, 1045.

[27] C. Aubert de Vincelles, « La validité du contrat : Dol, erreur et obligation d'information », in *La réécriture du Code civil : Le français des contrats après la réforme de 2016*, J. Cartwrigth, B. Fauvarque-Cosson, S. Whittaker (sous-dir.), Société de Législation Comparée, 2018, p. 79 ; J. Moury, note sous Cass. com., 17 janvier 2018, nº 16-14.914 ; nº 16-15.022, « Cession d'actions : l'articulation du devoir d'information avec le dol et la bonne foi », *RTD com*., 2018, p. 715 ; S. Le Gac-Pech, « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », *RLDC,* 2012, nº 97 ; Ph. Stoffel-Munck, « Autour du consentement et de la violence économique », in *La réforme du droit des contrats : projets et perspectives*, *RDC* 2006, p. 45 et s. spéc. 48 et s.

[28] C. Larroumet, S. Bros, « Les obligations : le contrat », *in Traité de droit civil*, t. 3, 10e éd., Economica, 2021, §330.

d'information. Dès lors, actuellement en droit commun des contrats, il pourrait y avoir plusieurs formes d'obligations d'information, ce qui renouvelle forcément l'intérêt de son étude.

3. Le renouvellement de l'intérêt de l'étude de l'obligation d'information précontractuelle. « Centrale en droit des contrats, l'obligation d'information demeure parée des plus insondables mystères. Ses fondements sont multiples (de la transparence au service de la justice contractuelle), son objet est protéiforme (renseignement, mise en garde, conseil), son intensité est variable (oscillant du moyen au résultat), sa nature est diverse (précontractuelle ou contractuelle), ses domaines sont nombreux, sans même en évoquer les sanctions (résolution, nullité, responsabilité) »[29]. C'est pourquoi l'étude des problématiques relatives à l'obligation d'information précontractuelle n'est pas née avec la réforme du droit des contrats. La doctrine s'est toujours intéressée aux difficultés de l'obligation d'information. Les travaux les plus remarquables sur cette question sont attribués à Mme Muriel Fabre-Magnan. Sa thèse de doctorat intitulée « De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie » a posé les premiers jalons de l'obligation d'information précontractuelle en droit français[30]. Toutefois, les travaux de Mme Fabre-Magnan traitent les deux obligations d'informations, précontractuelle et contractuelle, à une époque où celles-ci n'avaient aucun fondement exprès en droit commun des contrats. Sa thèse ne pouvait ainsi pas appréhender avec précision le domaine d'application et le régime juridique de l'obligation d'information précontractuelle. Elle ne pouvait pas non plus s'intéresser à la difficile question d'articulation des obligations d'information.

Après Mme Fabre-Magnan, plusieurs autres travaux sur l'obligation d'information ont vu le jour, notamment sous l'angle des droits spéciaux[31]. Mais, cet engouement ne signifie pas que

---

[29] F. Viney, « À propos de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information », *JCP G*, nº 30-35, 28 juillet 2014, doctr. 879.

[30] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1992.

[31] P. Fil, *L'obligation d'information et de conseil en matière d'assurance,* PUAM, 1996 ; M. El Gharbi, *L'obligation d'information dans les contrats*, Presses universitaires du Septentrion, D.L., 1997 ; A. Ala'eldin, *L'obligation d'information dans les contrats informatiques*, th. Reims champagne, 2008 ; Dj. Mahi-Disdet, *L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique*, th. Avignon, 2011 ; H. Khoury, *L'information et le conseil dus au preneur d'assurance*, th. Aix, 2010 ; M. Varnav, *La gestion des risques juridiques bancaires : étude appliquée aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil*, th. Paris I, 2014 ; J. Mestre, note sous CA Paris 19 janvier 1994 ; Paris 29 avril 1994 ; Metz 24 février 1993, « D'une réticence dolosive d'informations sur la prestation de son cocontractant », *RTD civ.,* 1994, p. 852 ; M. Bandrac, « L'obligation de renseignement du banquier créancier envers la caution lors de la signature du cautionnement : Cautionnement. Banquier, Obligation de renseignement, Dol », *RTD Civ.* 1992 p. 605 ; H. Lécuyer, note sous Cass. com., 11 juillet 2006, nº 05-12.024, « Obligation d'information du dirigeant à

les problématiques liées à l'obligation d'information précontractuelle en droit commun ne sont plus d'actualité. En effet, outre le fait que les études plus pertinentes de l'obligation d'information ont été réalisées bien avant sa consécration en droit commun des contrats, l'admission de celle-ci aux dispositions de l'article 1112-1 du Code civil par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a considérablement renouvelé son intérêt en droit positif français[32]. Le professeur Bertrand Fages résume bien cette nouvelle place de l'obligation d'information en droit des contrats en soulignant : « on aurait tort de ne voir dans cet article [1112-1 du Code civil] qu'un simple point d'accroche textuel auquel pourraient venir s'arrimer, sans modification aucune, les mêmes solutions que celles rendues dans le passé. Déjà, tout passage

---

l'égard des associés », *Dr. des sociétés*, n° 1, 2007, comm. 1 ; D. Ferrier, « L'information du candidat à la franchise, loi "Doubin" : bilan et perspectives », in *La protection du franchisé au début du XXIe siècle : entre réalité et illusions*, N. Dissaux, R. Loir (sous dir.), *L'Harmattan,* 2009, p. 77. ; G. Toulouse, « Le document d'information précontractuelle », in *La franchise question sensible*, Grimaldi (dir.), *RLDA*, n° 73, 2012 ; S. Le Gac-Pech, « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? » *RLDC*, 2012, n° 97 ; C. Minet, « Loi Hamon 1 an après : quelles avancées en matière d'information des consommateurs ? » *RLDA*, n° 108, 2015.

[32] M. Fabre-Magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G*, n° 25, 2016, p. 706 ; M. Mekki, « La réforme du droit des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *art. cit.,* p. 5; C. Grimaldi, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon… », *D*. 2016, p. 1009 ; M. Mekki, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *art. cit.*, p. 15; H. Barbier, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD Civ.* 2016, p. 247 ; J. Mestre, « Petit abécédaire de la réforme des contrats et obligations », *RLDC*, n° 136, 2016 ; B. Fages, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *Bull. Joly Sté.*, 2016 - n° 09, p. 529 ; H. Fabre, « Dol, réticence dolosive et devoir d'information dans les cessions de droits sociaux », *JCP N,* n° 48, 2017, 1327 ; A. Riéra, « L'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de distribution après la réforme du droit des contrats », *AJ Contrat*, 2017, p. 155 ; B. Fages, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *art. cit.*, p. 529; A. Lecourt, note sous Cass. com., 13 décembre 2016, n° 15-18.002 ; Cass. com., 25 janvier 2017, n° 15-17.137, « Obligation d'information et cessions de droits sociaux : cantonnement de la loyauté des dirigeants », *RTD com.* 2017, p. 384 ; S. Le Gac-Pech, note sous Cass. 3e civ., 7 avril 2016, n° 15-13.064, « Réticence dolosive et violation d'une obligation précontractuelle d'information : un dispositif de droit commun insuffisamment protecteur du consommateur », *JCP E,* n° 27-28, 2016, p. 1403 ; P. Jourdain, note sous Cass. 1re civ., 25 janvier 2017, n° 15-27.898, « Défaut d'information médicale : cumul possible de la réparation d'une perte de chance et d'un préjudice moral d'impréparation » *RTD civ.,* 2017. p. 403 ; S-M Ferrié note sous, Cass. 1re civ., 25 janvier 2017, n° 15-27.898, « Quelle sanction pour la violation du devoir d'information médicale ? », *D*. 2017, p. 555 ; H. Barbier, note sous Cass. com., 13 décembre 2016, n° 15-18.002, « Vers une voie détournée de reconnexion du dol et du devoir d'information », *RTD civ.,* 2017, p. 381 ; O. Deshayes, note sous Cass. 1re civ., 28 septembre 2016, n° 15-17033 et n° 15-17516, « Obligation d'information et relativité de la faute contractuelle », *RDC*, 2017, n° 01, p. 39 ; A. Bories, note sous Cass. com., 10 janvier 2018, n° 15-25.287, « Sanction du manquement à l'obligation d'information précontractuelle du franchiseur et le sort corrélatif (ou pas) du contrat de prêt conclu par le franchisé : variations de la chambre commerciale », *JCP E,* n° 14, 2018, p. 1179.

du jurisprudentiel à l'écrit, toute entrée dans un code, toute entreprise de formulation abstraite et générale de ce qui n'était jusqu'alors qu'une affaire d'espèce produit inévitablement du changement »[33].

Malheureusement, depuis la réforme du droit des contrats, la plupart des études relatives au nouvel essor de l'obligation d'information précontractuelle en droit commun des contrats ne l'abordent pas sous tous ses nouveaux aspects juridiques. Elles ne mettent pas aussi suffisamment en évidence les articulations pouvant exister entre le devoir d'information, la bonne foi, la dissimulation intentionnelle et les obligations d'information spéciales.

On essaiera ainsi, très modestement, dans le cadre de cette étude d'analyser l'obligation d'information précontractuelle de manière plus approfondie en la mettant en corrélation avec les dispositions des articles 1104, 1137 du Code civil et certains droits spéciaux. Mais au préalable, il faut essayer d'appréhender cette nouvelle obligation d'information au regard du droit comparé.

II. L'obligation d'information en droit comparé

4. L'obligation d'information et les projets européens de réforme du droit des contrats. Le devoir d'information précontractuelle de notre droit commun des contrats se démarque par moments du droit européen. Les nouvelles dispositions de l'article 1112-1 du Code civil peuvent s'apprécier doublement au regard des projets européens de réforme des contrats. En consacrant expressément une obligation d'information précontractuelle en droit commun des contrats, le législateur français aligne ainsi notre droit positif contractuel à l'avant-projet du Code européen des contrats. En effet, il résulte de l'alinéa 1er de l'article 7 du Code Gandolfi que « chacune des parties a le devoir d'informer l'autre sur chaque circonstance de fait et de droit dont elle a connaissance ou dont elle doit avoir connaissance et qui permet à l'autre de se rendre compte de la validité du contrat et de l'intérêt à le conclure ».

Cette conformité se vérifie également au regard du projet relatif au Cadre commun de référence. En effet, il est prévu à l'article 3 : 101 que « lorsqu'un professionnel s'engage à fournir des biens ou services à une autre personne, il est tenu de lui donner, avant la conclusion du contrat, les informations relatives à ceux-ci qu'elle peut raisonnablement attendre compte tenu des standards de qualité et d'efficacité normaux eu égard aux circonstances ».

[33] B. Fages, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *art. cit.,* p. 529.

En outre, il résulte de l'article 5 de la directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, transposait par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, qu'« avant que le consommateur ne soit lié par un contrat autre qu'un contrat à distance ou hors établissement, ou par une offre du même type, le professionnel fournit au consommateur les informations suivantes, d'une manière claire et compréhensible »[34].

Enfin, l'article 9 de la proposition de règlement du parlement européen et conseil relatif à un droit commun européen de la vente prévoit que « dans les relations entre professionnels et consommateurs, outre les obligations d'information précontractuelle énoncées dans le droit commun européen de la vente, le professionnel est tenu d'avertir le consommateur de son intention d'appliquer ce droit, avant la conclusion du contrat, en lui remettant de façon bien visible l'avis d'information figurant à l'annexe II »[35].

Même si les conditions de ces devoirs d'information ne sont pas similaires avec celles de notre droit civil, il reste que l'article 1112-1 du Code civil et les dispositions des projets européens ont pour objet de prévenir les vices du consentement. À travers cet alignement de notre droit commun des contrats à l'Europe, la France devient ainsi « un très bon élève » européen qui doit être suivi par les autres États membres qui n'ont aucun moyen légal d'incitation à la transparence contractuelle[36].

Le législateur français n'a pas fait qu'aligner notre droit commun des contrats à la vision européenne. Par le devoir d'information précontractuelle, le droit commun des contrats français survole les principes européens du droit des contrats. En effet, les principes Lando ne contiennent pas de dispositions relatives à un devoir d'information[37] contrairement aux projets français de réforme du droit des contrats.

5. L'obligation d'information et les projets français de réforme du droit des contrats.

Avant sa consécration dans le Code civil, plusieurs projets français de réforme du droit des contrats avaient prévu une obligation d'information dans leurs dispositions. L'article 1110 de l'avant-projet Catala disposait que « celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le

[34] L_2011304FR.01006401.xml (europa.eu), 23/06/2023, 9h 13"

[35] https://eurlex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635&from=fr#:~:text=L%27objectif%20g%C3%A9n%C3%A9ral%20de%20la,consommateurs%2C%20d%27autre%20part. 23/06/2023, 9h 25"

[36] C'est le cas du droit anglais des contrats. Pour plus d'information sur ce constat v° : N. Barry, « L'obligation précontractuelle de renseignement en droit anglais », in *Le contrat aujourd'hui : comparaison franco-anglaise,* D. Tallon, D. Harris (sous dir.), *LGDJ*, 1987, p. 185.

[37] Il faut toutefois relever qu'il y a une proposition de réforme des principes Lando qui prévoit dans un nouvel article 2 : 102 d'instaurer une obligation précontractuelle d'information.

renseigner. Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties. Il incombe à celui qui se prétend créancier d'une obligation de renseignement de prouver que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'information en cause, à charge pour le détenteur de celle-ci de se libérer en prouvant qu'il avait satisfait à son obligation. Seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat »[38]. Cette disposition est très proche de l'actuel article 1112-1 du Code civil, mais garde tout de même des particularités notamment par rapport aux conditions de l'obligation d'informations au regard des parties[39] et sur l'information sur la valeur de la prestation.

Quant à l'avant-projet Terré, ce sont les articles 33 et 34 qui régissaient l'obligation d'information. Il était prévu dans ces dispositions que « la partie qui connaît ou devrait connaître une information dont elle sait le caractère déterminant pour l'autre partie doit la renseigner, lorsque l'ignorance de celle-ci est légitime. L'ignorance d'une partie est légitime lorsqu'elle est dans l'impossibilité de s'informer ou lorsqu'elle fait raisonnablement confiance à son cocontractant, du fait notamment de la nature du contrat ou de la qualité des parties »[40]. Il semblerait que les conditions de l'obligation d'information étaient plus explicites dans le projet Terré[41].

En outre, un projet élaboré par la direction des Affaires Civiles et du Sceau du ministère de la Justice a été diffusé en 2008. L'article 44 de ce projet disposait que « celui des contractants qui connaît ou est en situation de connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier peut ignorer cette information ou faire confiance à son cocontractant. Sont déterminantes les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Le contractant qui se prévaut du non-respect de ce devoir d'information doit prouver que l'autre partie connaissait ou était en situation de connaître cette information, sauf pour celle-ci à prouver qu'elle l'ignorait elle-même ou qu'elle a satisfait à son obligation. Tout manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité civile délictuelle de celui qui en était tenu,

[38] microsoft word - rapport catala septembre 2005.doc (justice.gouv.fr), 23/06/2023, 10h 10"

[39] *Infra* §17 et s.

[40] Le projet est scindé en trois ouvrages : Pour une réforme du droit des contrats, F. Terré (dir.), D., 2009 ; Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, F. Terré (dir.), D., 2011 ; Pour une réforme du régime général des obligations, F. Terré (dir.), D., 2013

[41] *Infra* §26 et s.

sans préjudice, en cas de vice du consentement, de la nullité du contrat »[42]. Si ce projet de la chancellerie semble plus proche des dispositions actuelles de l'article 1112-1 du Code civil, il garde tout de même certaines particularités, notamment sur les qualités du débiteur et du créancier de l'obligation d'information, le fardeau de la preuve et les sanctions. Donc, on constate que tous les projets français de réforme du droit des contrats contenaient une obligation d'information. *Quid* maintenant de l'obligation d'information dans la Common Law ?

6. L'obligation d'information dans la Common Law. Le système anglais présente la particularité de n'imposer aucune obligation légale d'information précontractuelle dans les relations contractuelles[43]. Toutefois, cette absence de dispositions légales sur l'obligation d'information ne signifie pas que la Common Law n'a pas de mécanisme pour sanctionner, dans certaines situations, le défaut d'information précontractuelle. En effet, dans le système Common Law, la « *misrepresentation* » joue presque le même rôle que le dol en droit français[44]. Il y a *misrepresentation* si une fausse déclaration d'une des parties a contribué à la conclusion du contrat. Les éléments constitutifs de la *misrepresentation* sont assez similaires à celles du dol[45]. Il faut d'abord l'existence d'un *statement of fact,* c'est-à-dire la délivrance d'une information à l'une des parties par l'autre. Ensuite, l'information délivrée doit être fausse. En outre, la fausse information doit avoir été adressée directement à celui qui prétend en être la victime. En plus, la fausse information doit avoir été dénuée de toute équivoque et enfin, la fausse information doit avoir été déterminante pour la conclusion du contrat.

Par ailleurs, comme en droit français, la sanction de la *misrepresentation* dépend de la gravité de la faute. En effet, la *misrepresentation* peut entraîner la nullité du contrat et l'allocation de dommages et intérêts lorsqu'elle est accompagnée d'une intention de tromper son cocontractant[46]. Dans ce cas, la *misrepresentation* est qualifié de *fraudulent representation.* La *misrepresentation* peut être qualifiée aussi de *negligent representation* si la fausse information a été faite par son auteur avec la croyance qu'elle était vraie ou qu'elle n'était pas nécessairement fausse, sans qu'il y eût à cette opinion le moindre fondement[47]. Enfin, la *misrepresentation* peut être sanctionnée par la nullité et/ou l'allocation de dommages et intérêts lorsqu'elle correspond

[42] projet_contrats_mai_2009.pdf (free.fr), 23/06/2023, 10h 35"

[43] O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article,* LexisNexis, 2e éd., 2018, p. 79

[44] F. X. Testu, « Contrats d'affaires », Dalloz Référence, 2010, §12.28.

[45] F. X. Testu, Contrats d'affaires, *op. cit.* §12.29

[46] F. X. Testu, Contrats d'affaires, *op. cit.* §12.30.

[47] F. X. Testu, Contrats d'affaires, *loc. cit.* §12.30.

à une *negligent representation*[48]. Donc, l'obligation d'information n'est pas totalement méconnue dans la Common Law. Qu'en est-il du droit OHADA ?

7. L'obligation d'information en droit OHADA. L'obligation d'information précontractuelle n'est pas aussi complètement inconnue en droit OHADA même s'il n'y a pas encore un acte uniforme en droit commun des contrats. En effet, l'article 150 de l'acte uniforme sur le droit commercial général[49] oblige le cédant d'un fonds de commerce à renseigner le cessionnaire sur la valeur réelle du fond[50]. Cette obligation d'information est d'ordre public. En outre, l'article 8 de l'acte uniforme relatif au contrat de transport de marchandises par route met à la charge de l'expéditeur une obligation de déclaration à l'égard du transporteur. Ces informations se rapportent à l'expéditeur, au destinataire, à la date et au lieu de prise en charge de la marchandise, etc.

Par ailleurs, certains projets doctrinaux en droit commun des contrats consacrent dans leurs dispositions l'obligation d'information précontractuelle. En effet, il résulte de l'article 3/8 de l'avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats du professeur Marcel Fontaine que la nullité du contrat pour cause de dol peut être invoquée par une partie lorsque l'autre partie, contrairement aux exigences de la bonne foi en matière commerciale, a omis frauduleusement de faire part à la première de circonstances particulières qu'elle aurait dû révéler[51]. Cette disposition prévoit ainsi une obligation d'information implicite en interdisant à la partie qui connaît un fait pour l'autre de le garder pour lui. L'obligation d'information est plus clairement exprimée par le projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA. L'article 60 de ce projet prévoit que « celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner. Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties. Il incombe à celui qui se prétend créancier d'une obligation de renseignement de prouver que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'information en cause, à charge pour le détenteur de celle-ci de se libérer en prouvant qu'il avait satisfait à son obligation. Seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec

[48] F. X. Testu, Contrats d'affaires, *loc. cit.* §12.30.

[49] L'article 150 AUDCG est le pendant de l'ancien article L.141-1 du Code commerce français.

[50] A. P. Santos, K. Mawunyo, commentaire sous Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général, in OHADA traité et actes uniformes : commenté et annotés, *Juriscope* 2018, p. 317.

[51] Microsoft Word - 12-Rapport Fontaine authorok 13.doc (unidroit.org), 24/06/2023, 16h 54''.

l'objet ou la cause du contrat »[52]. Cette disposition est assez proche de l'actuel article 1112-1 du Code civil et reprend aux mots près l'article 1110 de l'avant-projet Catala. Plus récemment, la fondation pour le droit continental a fait une « offre de loi » relative à l'extension du système normatif de l'OHADA à la franchise. L'article 9 de cette offre prévoit que « quarante jours au moins avant la conclusion du contrat de franchise, chaque partie doit communiquer par tout moyen à l'autre un document d'information précontractuelle »[53]. Le contenu de ce document d'information est assez similaire avec les dispositions de l'article R. 330-1 du Code de commerce. Dès lors, la consécration d'une législation sur la franchise en droit OHADA améliorera incontestablement l'activité économique dans les États parties. C'est l'objectif recherché également en France avec l'obligation d'information précontractuelle de droit commun.

III. L'analyse économique de l'obligation d'information

8. L'efficacité économique au regard de l'obligation d'information. Sur le plan économique, l'obligation d'information peut être analysée comme une valeur. Sa bonne exécution peut permettre à son bénéficiaire de rentabiliser davantage son contrat[54]. En effet, « plus les informations disponibles seront fiables, moins les coûts de recherche seront importants »[55]. Il ne faut pas ignorer que la recherche de l'information peut présenter un coût important qui n'est pas évident de supporter lors de la phase précontractuelle. Dans la cession de titres sociaux par exemple, le cédant pourrait être amené à engager des experts financiers, comptables, et juridiques pour réunir l'ensemble des informations intéressant le consentement du cessionnaire. Or même avec cet investissement, le débiteur ne peut pas être certain de la conclusion du contrat[56]. C'est pourquoi certains estiment que si la recherche de l'information présente un coût important, elle ne doit pas être supportée par son débiteur[57]. Mais, cette répartition du coût de l'information n'est pas prévue par l'obligation d'information.

---

[52] Projet de texte relatif au (fondation-droitcontinental.org), 24/06/2023, 17h 08''.
[53] OHADA.com - Pour un droit uniforme de la franchise, 24/06/2023, 17h 16''.
[54] M. Nussenbaum, « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté », *Gaz. Pal.* 24 mai 2012, n° 145, p. 34
[55] M. Nussenbaum, « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté », *loc. cit.* p. 34
[56] M. Fabre-magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *art. cit.*, p. 706
[57] M. Nussenbaum, « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté », *op. cit.* p. 34

Ainsi, pour éviter de faire supporter le coût important de l'information à un seul cocontractant, les parties doivent œuvrer ensemble pour renforcer leur confiance entre elles. Dès lors, elles doivent respecter scrupuleusement leurs obligations d'information. Avoir confiance a une personne, c'est avoir la volonté de se faire influencer par les actions de celle-ci. La personne qui a confiance à son cocontractant est prête à prendre des risques en se fondant uniquement sur les déclarations ou sur le comportement de son partenaire**.** Avec la confiance, l'efficacité économique des parties s'accroît. S'il y a la confiance entre les parties, il y a forcément une réduction des coûts du contrat. Avec la confiance, la relation contractuelle devient plus prolifique. Elle réduit les coûts d'autoprotection qui sont souvent à l'origine de l'augmentation de la valeur du contrat. Par exemple, dans le cadre d'une cession de titres sociaux, les parties peuvent facilement passer l'étape des négociations sans forcément rédiger une lettre d'intention ou encore organiser des séances de *data room*[58]. On constate donc que l'absence de confiance conduit nécessairement à une augmentation des précautions contractuelles, entraînant ainsi une augmentation des coûts du contrat. L'obligation d'information peut ainsi participer à l'efficacité économique des relations contractuelles. Maintenant, il faut analyser l'apport économique de l'obligation d'information sur le plan international.

9. L'attractivité du droit français au regard de l'obligation d'information. Selon le rapport au président de la République, l'enjeu de la réforme du droit des contrats au niveau international est purement économique. Pour soutenir cet objectif, le rapport souligne que « les rapports « Doing business » publiés par la Banque mondiale, mettant régulièrement en valeur les systèmes juridiques de Common Law, ont notamment contribué à développer l'image d'un droit français complexe, imprévisible, et peu attractif. Dans ce contexte, se doter d'un droit écrit des contrats plus lisible et prévisible, en s'attachant à adopter une rédaction dans un style simple ainsi qu'une présentation plus claire et didactique, constitue un facteur susceptible d'attirer les investisseurs étrangers et les opérateurs souhaitant rattacher leur contrat au droit français »[59]. La recherche de cette attractivité du droit des contrats français a justifié plusieurs choix au moment de la réforme, notamment la suppression de la cause parmi les conditions de validité du contrat et la circonscription des clauses abusives aux contrats d'adhésion.

[58] M. Nussenbaum, « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté », *loc. cit.* p. 34

[59] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, NOR : JUSC1522466P, JO 11 février 2016.

Dès lors, au regard de l'obligation d'information précontractuelle, on peut se demander si l'instauration de celle-ci dans le Code civil peut renforcer l'attractivité du droit des contrats français dans les relations internationales[60]. Pour répondre à cette interrogation, il faut impérativement distinguer l'attractivité internationale du rayonnement international. La première séduit les sujets de droit et les conduit à opter pour le droit français dans leurs relations contractuelles. Alors que le second incite les législateurs étrangers à adopter le droit français dans leur texte. Or, dans le cadre de la réforme du droit des contrats de 2016, la recherche de l'attractivité est plus notoire que celle du rayonnement. Le législateur français semble estimer ainsi que si l'attractivité est atteinte, le rayonnement le sera aussi[61].

Mais à l'état actuel, il est possible de penser que le droit français des contrats est plus rayonnant qu'attractif[62]. Il suffit d'observer certaines législations étrangères, comme le droit OHADA[63], pour s'en rendre compte. Donc, l'obligation d'information précontractuelle ne peut pas à elle seule attirer des investisseurs étrangers en France[64]. Maintenant que l'impact de l'obligation d'information sur le plan économique est cerné, il faut définir le champ de l'obligation d'information dans le cadre de cette étude.

IV. Le champ de l'étude de l'obligation d'information

10. La notion d'obligation d'information précontractuelle. Maintenant que la notion d'obligation d'information est consacrée en droit commun des contrats, il est urgent de chercher à la circonscrire. En effet, la plupart des études sur l'obligation d'information mettent l'accent

[60] L. Usunier, « L'attractivité internationale du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur français à la poursuite d'une chimère », *RTD civ.,* 2017, p. 343 ; J. Monéger, « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux : l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les articles L. 145-1 s. du Code de commerce et le bail commercial », *RTD com.*, 2016, p. 427.

[61] L. Usunier, « L'attractivité internationale du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur français à la poursuite d'une chimère », *art. cit.*, p. 343 ; M. Fontaine, « Le rayonnement international du droit français des contrats, Le cas particulier de l'OHADA », *D.* 2016, 2008.

[62] Toutefois, au regard du rapport *Doing Business* 2022, la France est passée de la 17e place en 2017, à la 16e place en 2022 sur l'indicateur mesurant spécialement la performance respective des droits en matière d'« exécution des contrats ». V° : Doing Business au France - Doing Business - Le Groupe de la Banque Mondiale ; 30/05/2023, 11 h 32. V° sur cette question : J. Mestre, « Le bonheur contractuel ! », *AJ Contrat,* 2016, p. 105 ; I. Eid, « Les enjeux de la réforme du Code civil et ses innovations », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 245 ; J. Kleinschmidt, D. Groß, « La réforme du droit des contrats : perspective allemande sur la balance délicate entre liberté contractuelle et pouvoirs du juge », *RDC* 2015, p. 674 ; J. Cartwright, « Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats », *RDC* 2015, p. 691.

[63] *Supra* §7

[64] F. Rouvière, « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016, p. 600

fondamentalement sur sa matière, c'est-à-dire sur son objet[65]. Elles ne s'intéressent pas souvent à sa nature, en cherchant à savoir ce qui est une information et ce qui ne l'est pas[66].

Dès lors, on ne sait pas concrètement si l'obligation d'information ne doit porter que sur des faits objectifs comme une donnée concrète ou encore si elle doit aussi porter sur des faits subjectifs comme une opinion, une intention[67]. Autrement dit, est-ce qu'une partie qui se doute de la validité du contrat qu'elle passe doit révéler ce fait à l'autre ou peut-elle garder cette opinion pour elle-même ? Le fait en l'espèce n'est pas objectif, il est purement subjectif et l'opinion que la partie se fait de la validité du contrat ne peut être vérifiée dans son for intérieur par l'autre partie.

La Cour de cassation s'est prononcée sur cette problématique dans son arrêt du 24 mai 2016[68]. Les juges du droit ont estimé dans cette décision qu'« une partie en pourparlers transactionnels n'est pas tenue de communiquer à ses partenaires une note interne analysant les aspects juridiques de l'opération qui les ont suscités et ne peut se voir reprocher une réticence dolosive à raison de cette absence de communication ». Autrement dit, l'opinion d'une des parties n'est pas une information, elle ne doit pas être révélée à l'autre partie.

Par ailleurs, en analysant l'information par rapport au droit des biens, on peut distinguer d'une part les informations qu'on peut qualifier de choses communes, c'est-à-dire des informations qui n'appartiennent à personne, et d'autre part les informations appropriables qui font l'objet d'une propriété privée. Il faut ajouter aussi une troisième catégorie d'information qui se trouve entre les informations publiques et les informations privées. Cette catégorie d'information est une évolution des informations privées vers les informations publiques. Par exemple, lorsqu'une entreprise utilise sa technologie confidentielle pour fabriquer un produit, ce produit comporte un ensemble d'éléments qui doivent être mis à la disposition des acheteurs. Ce sont ces informations qui sont mises à la disposition des clients qui constituent la troisième catégorie d'information[69].

---

[65] G. Danjaume, « La responsabilité du fait de l'information », *JCP G*, n° 1, 1996, doctr. p. 3895.

[66] H. Barbier, note sous Cass. com., 24 mai 2016, n° 14-25.921, « Que doit-on entendre par "information" lors de l'application du devoir général d'information et de la sanction du dol par dissimulation intentionnelle ? », *RTD civ*., 2016, p. 843.

[67] H. Barbier, note sous Cass. com., 24 mai 2016, n° 14-25.921, « Que doit-on entendre par "information" lors de l'application du devoir général d'information et de la sanction du dol par dissimulation intentionnelle ? », *art. cit.*, p. 843.

[68] Cass. com. 24 mai 2016, n° 14-25.921 ; D. 2016. 1196 ; RTD com. 2016, p. 539, obs. B. Bouloc ; RTD Civ. 2016 p. 843, H. Barbier.

[69] J.-M. Garinot, *Le secret des affaires,* préf. E. Loquin, LexisNexis, 2013, §78 ; S. Marcellin, Th. du Manoir de Juaye, *Le secret d'affaires*, LexisNexis, 2016, §1 ; A. Diallo, *La confidentialité dans les rapports contractuels*, Th. Aix-en-provence, 2023, §2.

Dans le cadre de l'exécution de l'obligation d'information, deux conclusions doivent être retenues. La première concerne le champ des obligations d'information précontractuelle. En effet, à suivre cette classification, seule la troisième catégorie d'information doit être communiquée lors de la phase précontractuelle. La première catégorie, constituée d'informations publiques, n'entre pas dans le champ de l'obligation d'information. La deuxième catégorie n'est pas exclue en principe du champ de l'obligation d'information, mais elle se heurte au principe de confidentialité qui limite considérablement son expansion.

Donc, on peut retenir qu'il y a trois types d'information : les informations publiques, les informations standards et enfin les informations confidentielles. L'obligation d'information précontractuelle porte le plus souvent sur la deuxième catégorie et de manière plus encadrée sur la troisième catégorie.

11. La distinction de l'obligation d'information du devoir d'information. Depuis la réforme du droit des contrats, les auteurs s'interrogent sur le choix de la notion de « devoir » dans l'article 1112-1 en lieu et place du terme « obligation » pourtant suggéré à la fois par les avant-projets Catala et Terré.

Selon certains auteurs, l'emploi de l'expression « devoir » « marque le rattachement du législateur au devoir général de prudence et de diligence que chacun doit observer en société[70] » et surtout la notion insiste sur le fait qu'il s'agit d'un devoir général qui peut être de source légale, judiciaire ou conventionnelle[71].

Toutefois, d'autres auteurs se sont interrogés sur la pertinence de l'emploi du terme « obligation » en lieu et place de la notion de « devoir »[72]. Ils réfutent l'expression « obligation » en estimant qu'il n'est pas possible d'appliquer le régime des obligations à l'obligation d'information notamment sur la cession, l'extinction ou encore la prescription[73]. Aussi, ils soutiennent qu'une obligation d'information n'est pas susceptible d'exécution forcée. Cette partie de la doctrine souhaitait ainsi l'emploi de l'expression « devoir » en lieu et place de l'expression « obligation ». Le législateur français a suivi cette position en optant pour la notion de « devoir d'information » dans les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil.

---

[70] O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, 2e éd., LexisNexis, 2018, p. 102.

[71] M. Fabre-Magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *art. cit.*, p. 706 ; J. Moury, note sous Cass. com., 17 janvier 2018, no 16-14.914 ; no 16-15.022, « Cession d'actions : l'articulation du devoir d'information avec le dol et la bonne foi », *RTD com*., 2018, p. 715.

[72] Ph. Stoffel-Munck, « Autour du consentement et de la violence économique », in *La réforme du droit des contrats : projets et perspectives, RDC,* 2006, p. 45 et spéc. 48.

[73] Ph. Stoffel-Munck, « Autour du consentement et de la violence économique », in *La réforme du droit des contrats : projets et perspectives, loc. cit.*

Mais, Mme Muriel Fabre-Magnan[74] précise que le terme « devoir » renvoie « techniquement à une obligation ». En effet, le devoir fait référence à la manière dont une obligation contractuelle doit être exécutée, comme la bonne foi, alors que le terme « obligation » renvoie quant à lui à une prestation due par l'une des parties qui doit être exécutée en respectant le devoir de bonne foi. L'auteur estime que le terme « obligation » paraît « plus précis » que celui de « devoir » et surtout « plus juridique[75] ».

Néanmoins, il faut quand même noter qu'aujourd'hui le législateur français ne fait pas la distinction entre ces deux notions. Tantôt, comme dans le Code civil, il utilise le terme « devoir » tantôt, comme dans le Code de la consommation, il emprunte l'expression « obligation ».

Dès lors, on peut dire que les deux termes sont synonymes selon le législateur. Cela est d'autant plus vrai que dans tous les cas c'est une information qu'une partie doit délivrer à l'autre. C'est pourquoi, dans le cadre de cette étude, on ne fera pas la distinction entre devoir d'information et obligation d'information, mais on distinguera plutôt le devoir d'information précontractuel de l'obligation d'information contractuelle.

12. La distinction de l'obligation d'information précontractuelle de l'obligation d'information contractuelle. Qu'une partie soit tenue d'un devoir d'information précontractuel ou d'une obligation d'information contractuelle, elle est obligée de transmettre un fait à l'autre. Cependant, la similitude du contenu de ces deux devoirs d'information ne signifie pas qu'ils renvoient à un même objet. En effet, il est possible de faire la différence entre obligation d'information précontractuelle et obligation d'information contractuelle soit en fonction du moment où l'information est délivrée soit en fonction de l'influence que peut avoir l'information sur le consentement du créancier[76].

Dès lors, on peut dire qu'il y a deux méthodes pour distinguer l'obligation d'information précontractuelle de l'obligation d'information contractuelle. Il y a d'une part la méthode chronologique qui estime que toute information délivrée avant la formation du contrat est précontractuelle et d'autre part la méthode fonctionnelle qui se base sur l'influence que peut avoir l'information sur le consentement. Ainsi, si l'information influence le consentement, elle

[74] M. Fabre-Magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *art. cit.*, p. 706.

[75] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *op. cit.,* §6.

[76] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, « Formation du contrat : Le contrat – Le consentement », in *Traité de droit civil*, *op. cit.,* §1520.

est précontractuelle, mais si l'information n'a que des effets dans l'exécution du contrat, elle devient contractuelle[77].

Ainsi, on peut dire que le devoir d'information précontractuel se manifeste au moment de la formation du contrat[78]. Il vise uniquement à prévenir les vices du consentement. Aussi, toute information qui peut influencer le consentement de l'une des parties est précontractuelle et son manquement est sanctionné soit par la nullité du contrat soit par l'allocation de dommages et intérêts[79].

Mais, le fait que le législateur de la réforme ait instauré une obligation dans la section relative à la négociation peut laisser penser qu'il a opté pour le critère chronologique de l'obligation d'information. Cela veut dire que, dès lors que l'information est délivrée ou devait être délivrée avant la formation du contrat, elle devient précontractuelle.

Quant à l'obligation contractuelle d'information, elle n'a aucune incidence sur le consentement des parties. L'obligation d'information est contractuelle[80] lorsque la fourniture de l'information constitue l'objet principal du contrat[81]. Il en est ainsi des prestations résultant d'un contrat de conseil ou des informations fournies par un généalogiste lors d'une succession[82]. L'obligation d'information est contractuelle également lorsqu'elle est l'accessoire d'une obligation principale. C'est le cas des devoirs d'information qui se rattachent à la délivrance ou la garantie dans une vente[83].

En outre, lorsque l'information est délivrée par un tiers impartial au contrat, elle ne peut pas être considérée comme une obligation d'information précontractuelle, mais comme une obligation d'information contractuelle[84].

---

[77] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *op. cit.*, §282.

[78] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, « Formation du contrat : Le contrat – Le consentement », in *Traité de droit civil*, *op. cit.,* §1525 ; C. Larroumet, S. Bros, « Les obligations : le contrat », in *Traité de droit civil*, t. 3, *op. cit.*, §329.

[79] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, « Formation du contrat : Le contrat – Le consentement », in *Traité de droit civil*, *loc. cit.,* §1525.

[80] Pour plus d'exemples sur l'obligation contractuelle d'information, v°. G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, « Les conditions de la responsabilité », in *Traité de droit civil*, 4e éd., LGDJ, 2013, § 502.

[81] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, « Formation du contrat : Le contrat – Le consentement », in *Traité de droit civil*, *op. cit.,* §1525.

[82] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, « Formation du contrat : Le contrat – Le consentement », in *Traité de droit civil*, *loc. cit*.

[83] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, « Formation du contrat : Le contrat – Le consentement », in *Traité de droit civil*, *loc. cit*.

[84] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, « Formation du contrat : Le contrat – Le consentement », in *Traité de droit civil*, *ibid.,* §1520.

Toutefois, la jurisprudence néglige cette distinction au regard des fondements empruntés pour sanctionner la violation de ces deux devoirs d'information. Les juges ont souvent recours à des dispositions contractuelles pour sanctionner le manquement d'une obligation d'information précontractuelle[85].

Par ailleurs, le rapport annuel de la Cour de cassation de 2010, en précisant que « l'obligation d'information trouve sa source dans les articles 1134, alinéa 3, du Code civil et 1135 du même Code[86] », semble admettre que l'obligation d'information précontractuelle a un fondement contractuel[87]. Au regard de cette position de la haute juridiction, on aura parfois recours à des décisions relevant d'une obligation d'information contractuelle pour appuyer nos propos, même si l'on ne l'étudie pas. La même démarche sera suivie quant aux différents degrés du devoir d'information précontractuelle.

13. Les différents degrés de l'obligation d'information précontractuelle. Le devoir d'information précontractuelle varie en fonction de la nature de l'information. Traditionnellement, il est fait état de l'existence d'un devoir d'information, d'un devoir de renseignement, d'un devoir de conseil et d'un devoir de mise en garde.

Il n'est pas aisé de faire la différence entre le devoir d'information et le devoir de renseignement. Ils ont reçu plusieurs définitions selon les auteurs. En effet, l'obligation d'information est parfois un transfert d'indications objectives sur l'objet du contrat ou bien sur l'opération envisagée[88] et quelquefois il est une transmission spontanée d'une information[89]. Les auteurs estiment tantôt que le devoir de renseignement « consiste en un "devoir implicite" en vertu duquel la partie supposée la mieux informée est tenue de communiquer à l'autre les informations qu'elle détient relativement à l'objet du contrat[90] », tantôt le devoir de renseignement « laisse entendre que l'on répond à une question posée ».

En revanche, il est plus facile de percevoir le devoir de conseil et le devoir de mise en garde. Lorsque l'information consiste à prévenir les risques pouvant résulter du contrat envisagé, le

---

[85] Cass. 2e civ., 5 juillet 2006, no 05-12603, dans cet arrêt les juges du droit avaient censuré une décision d'une cour d'appel sous le visa de l'ancien l'article 1147 au motif que « le souscripteur d'une assurance de groupe est tenu envers les adhérents d'une obligation d'information et de conseil ».

[86] Rapport annuel de la Cour de cassation de 2010 sur le « Devoir de savoir », p. 109, https://www.courdecassation.fr/publications/rapport-annuel/rapport-annuel-2010-de-la-cour-de-cassation, 05/04/2023, 17 h 28

[87] J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, « Formation du contrat : Le contrat – Le consentement », in *Traité de droit civil*, *op. cit.,* §1526

[88] D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 7e éd., 2022, §313

[89] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *op. cit.*, §10.

[90] D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit*. §313

devoir est dit de mise en garde. Il s'agit là d'une obligation d'information précontractuelle d'avertissement. Quant au devoir de conseil, il consiste à présenter les avantages et les inconvénients d'un contrat[91]. C'est donc une obligation d'information précontractuelle de recommandation[92].

Dès lors, en bas de l'échelle, il y a l'obligation de renseignement, au milieu l'obligation de conseil et au sommet le devoir de mise en garde[93]. La première correspond à une délivrance de faits bruts, la deuxième évoque une obligation de recommandation ou d'orientation et la dernière renvoie à une obligation d'avertissement[94].

Un auteur évoque même une quatrième catégorie, l'obligation d'éclairer[95]. Il soutient que « si l'obligation d'éclairer relève manifestement de l'information, elle va plus loin que celle-ci du moins quand elle est strictement entendue »[96]. Elle est ainsi plus accrue que l'obligation de renseignement. En effet, celle-ci ne met pas à la charge du débiteur une obligation de résultat sur la compréhension de l'information. Alors que, dans le cadre de l'obligation d'éclairer, le débiteur est obligé de s'assurer que le créancier a compris l'information. Elle renvoie ainsi à une obligation de résultat sur la compréhension de l'information fournie[97].

Toutefois, les auteurs[98] et même parfois les juges du droit[99] ne font pas la différence entre ces différents devoirs d'information[100]. Selon Mme Fabre-Magnan, il n'est pas nécessaire de faire

---

[91] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *op. cit.*, §591.

[92] D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit*. §313

[93] B. Beignier, S. Ben Hadj Yahia, *Droit des assurances*, 3e éd., LGDJ, 2018, §300

[94] R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier,* D. 2017, §562.71

[95] R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier, loc. cit.*

[96] R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier,* D. 2017, §562.71

[97] Toutefois, actuellement en droit commun des contrats, on ne parle plus d'obligation d'information, mais de devoir d'information. Cette variation terminologique laisse entendre que la transmission de l'information au créancier est teintée d'obligations morales que tout contractant de bonne foi doit respecter. Ce qui veut dire que le débiteur pourrait être contraint de s'assurer de la compréhension de l'information fournie auprès du créancier. Dès lors, il peut y avoir deux analyses sur la compréhension de l'information délivrée. La première ne fait pas obligation au débiteur de veiller à la compréhension de l'information parce qu'il s'agit juste de transmettre une information objective sans se soucier de l'impact de celle-ci sur le consentement du créancier. La seconde consiste à dire que le devoir d'information a une petite dose de moralité qui fait que le débiteur est obligé de s'assurer de la compréhension de l'information transmise par le créancier.

[98] M. Mekki, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *Gaz. Pal.,* 2016, no 14, p. 15 ; J.-L. Capdeville, « Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire », *JCP E*, no 29, 2016, p. 1434 ; F. Grua, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec, 2000, §42 et s. ; R. Boffa, « Obligation d'information », in *Dictionnaire du contrat*, D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc (sous-dir.)*,* LGDJ, 2018, no 183, p. 772

[99] Cass. Com. 12 novembre 1992, no 91-12.600 ; Cass. 1re civ., 27 février 1985, Bull. civ., I, no 82, p. 75, - 3 juillet 1985, Bull. civ. I. no 211, p. 191 ; Cass. com. 3 mai 2006, no 04-15517, Bull. civ., IV. no 101; Cass. com. 18 janvier 2011, no 09-17425 : RJDA 5/11, no 452, p. 429

[100] Ph. Le Tourneau, Bonne foi, *Rép. Civ*. *D.* 2017 § 99

la distinction entre ces différents devoirs d'information précontractuels. Elle estime que ces obligations d'information ne paraissent pas « constituer une *summa divisio* au sein des obligations d'information »[101].

On peut ainsi estimer que les nouvelles dispositions de l'article 1112-1 du Code civil englobent toutes sortes d'informations qui peuvent intéresser le consentement des parties. Qu'elle ait pour objet de mettre en garde, de conseiller ou de délivrer un simple renseignement, l'information transmise a toujours pour objet de mettre les parties dans les meilleures dispositions pour s'engager en toute connaissance de cause.

C'est pourquoi, dans les développements qui vont suivre, on traitera le devoir d'information précontractuel d'une manière générale sans faire aucune distinction entre la nature des obligations d'information. Cette démarche permettra d'invoquer toutes les décisions de justice qui se rapportent à la délivrance d'informations préalablement à la conclusion d'un contrat. Elle permettra également de percevoir plus facilement les intérêts qui gouvernent le devoir d'information précontractuel comme le montrent les différentes problématiques sur la thématique en question.

14. Les problématiques de l'obligation d'information précontractuelle. Étudier la réforme du droit des contrats dans son ensemble peut s'avérer quelque peu inutile au regard de tout ce qui a été dit sur elle. Cependant, analyser un petit aspect de la réforme, comme le devoir d'information précontractuelle, est jusqu'à présent utile. Les dispositions de l'article 1112-1 ne sont pas dépourvues de toutes difficultés. La simplicité de la lettre du devoir d'information précontractuelle a pour équivalence la complexité de son esprit. En effet, l'actuelle obligation d'information précontractuelle nous interroge sur sa nouvelle étendue et son nouveau régime juridique. On ne sait pas jusqu'où un devoir d'information précontractuelle peut obliger une partie à éclairer le consentement de son cocontractant.

Par ailleurs, l'article 1112-1 du Code civil suscite surtout une curiosité relativement à sa cohabitation avec les devoirs spéciaux d'information. Nous ne savons pas très exactement si le devoir d'information du droit commun des contrats gardera demain sa vocation subsidiaire. À supposer qu'il puisse être purement et simplement évincé par les obligations spéciales d'information, il faut impérativement déterminer les mécanismes facilitant cette éviction.

15. Les intérêts d'une nouvelle étude de l'obligation d'information précontractuelle. L'étude de l'obligation d'information précontractuelle permettra de mesurer son domaine d'application et son régime juridique. En effet, les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil

[101] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *op. cit.*, §12

se contentent de mettre en place un devoir d'information précontractuelle sans pour autant définir de manière lisible son étendue. On ne sait pas si l'information que doit connaître le débiteur doit être réelle ou supposée ou encore prévisible. De même, la disposition ne précise pas s'il est fait obligation aux parties de s'informer pour informer. Au regard du créancier, les dispositions sur le devoir d'information ne précisent pas tous les caractères de l'ignorance et de la confiance qui sont pourtant ses conditions d'existence. En poussant la réflexion, on peut se demander si ces deux conditions d'existence de l'obligation d'information ne se contredisent pas[102]. En outre, le point le plus sombre du devoir général d'information précontractuelle de l'article 1112-1 du Code civil est la notion d'information déterminante. Le législateur a essayé de donner une définition à cette expression, mais celle-ci reste floue[103]. Aussi, on précise que l'obligation d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur sans donner une signification à celle-ci d'autant plus que cette notion est purement économique[104].

Par ailleurs, le devoir d'information précontractuelle n'étant plus rattaché à une quelconque exigence précontractuelle, il est tout à fait intéressant de se demander si les mécanismes utilisés jadis pour défendre l'intégrité du consentement ne sont pas en concurrence avec les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. En effet, l'extension de la bonne foi à la phase précontractuelle et la consécration de la dissimulation intentionnelle à côté de l'obligation d'information précontractuelle peuvent amener à s'interroger sur l'existence d'autres obligations d'information précontractuelle et le cas échéant sur leurs éventuels apports à l'intégrité du consentement des parties faibles.

En outre, l'étude du devoir d'information précontractuelle permettra de démontrer s'il mérite réellement sa qualité de « devoir ». Il n'aura cette qualité que s'il définit très clairement ses caractéristiques, ses sanctions et ses règles probatoires.

Enfin, l'un des plus grands intérêts de l'étude du devoir d'information précontractuelle de droit commun consiste à déterminer son articulation avec les obligations spéciales d'information. Il s'agira plus précisément de voir si les dispositions du nouvel article 1112-1 du Code civil peuvent compléter les devoirs spéciaux d'information. À défaut de complémentarité, il s'agira de voir comment il faut résoudre les conflits d'articulation le cas échéant.

Au-delà de ces différents intérêts pratiques, l'étude du devoir d'information précontractuelle présente également des avantages théoriques. En effet, il existe beaucoup de débats doctrinaux sur le devoir d'information. À titre d'exemple, il y a une doctrine qui pense qu'en cas de

[102] *Infra* §32
[103] *Infra* §46 et s.
[104] *Infra* §66 et s.

manquement au devoir d'information, les juges ne doivent pas réparer la perte de chance alors que certains sont convaincus que seule la perte de chance est réparable[105]. C'est pourquoi, pour se rendre compte du véritable apport de la réforme du droit des contrats, notamment sur le plan de l'obligation d'information précontractuelle, il faut impérativement déterminer les nouveaux contours de celle-ci.

16. Annonce du plan. La réforme refait du Code civil un Code pilote en mettant fin aux critiques liées à sa perte de vigueur de capacité créatrice. Elle a bouleversé l'obligation d'information en droit commun des contrats. Celle-ci est passée du néant dans le Code Napoléon à la plénitude dans l'actuel Code civil. N'étant plus liée à aucune exigence précontractuelle, l'obligation d'information est devenue autonome et brille aujourd'hui en droit commun des contrats avec de nouveaux visages (**Partie I**). Dès lors, cette nouvelle dimension de l'obligation d'information interroge forcément sur son impact sur certains droits spéciaux. Avant la réforme du droit des contrats, les obligations spéciales d'information avaient le privilège d'être plus jeunes et plus dynamiques que l'obligation d'information du droit commun des contrats. Ces caractéristiques ont jadis permis aux obligations spéciales d'information d'influencer fortement les règles du Code civil. Mais aujourd'hui, les tendances sont renversées, car il est indéniable que l'obligation d'information a acquis aussi de nouveaux champs au regard de ces obligations spéciales d'information (**Partie II**).

PARTIE I : LES NOUVEAUX VISAGES DE L'OBLIGATION D'INFORMATION

PARTIE II : LES NOUVEAUX CHAMPS DE L'OBLIGATION D'INFORMATION

[105] *Infra* §133 et s.

PARTIE I : LES NOUVEAUX VISAGES DE L'OBLIGATION D'INFORMATION

La consécration d'un devoir général d'information en droit commun des contrats n'est plus une fiction. Depuis l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats, il est mis en place une obligation d'information précontractuelle à l'article 1112-1 du Code civil. Cette consécration appelle ainsi à s'interroger sur l'étendue de son domaine d'application. Mais, ce dernier ne serait pas le seul fondement de l'obligation d'information précontractuelle en droit commun des contrats ; il existerait des obligations d'information implicites à côté de celle visée à l'article 1112-1 du Code civil. Dès lors, afin de bien cerner les contours de l'obligation d'information en droit commun des contrats, il faut impérativement appréhender l'évolution de ses fondements (Titre I).

En plus de l'évolution des fondements de l'obligation d'information précontractuelle, il faut s'interroger sur ses traits caractéristiques. L'étude du régime juridique des obligations d'information précontractuelle permet d'aborder son caractère d'ordre public et ses sanctions en cas de manquement (Titre II).

TITRE I : L'ÉVOLUTION DES FONDEMENTS

L'étude de l'évolution des fondements de l'obligation d'information précontractuelle en droit commun des contrats permet d'appréhender son étendue. Celle-ci est la première grande question qui se pose quand il s'agit d'analyser le devoir d'information précontractuelle. Cette primauté s'explique par la nouveauté du devoir d'information dans notre cadre législatif. En effet, le devoir d'information a aujourd'hui deux fondements distincts. L'un est explicite (Chapitre I) et l'autre est implicite (Chapitre II). Ce sont là les deux sous-problèmes relatifs à l'évolution des fondements de l'obligation d'information en droit commun des contrats qu'il convient d'analyser tour à tour.

CHAPITRE I : L'OBLIGATION D'INFORMATION EXPLICITE

L'objet de ce chapitre est de déterminer les contours du devoir d'information prévue par les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. Contrairement à la lettre de ce texte, le périmètre du devoir d'information est très ambigu. Dès lors, l'étude de l'obligation d'information explicite pousse à s'interroger sur l'étendue exacte de l'obligation d'information précontractuelle consacrée par la réforme du droit des contrats de 2016. En effet, celle-ci ne vise que le devoir d'informer (Section 1) avec des conditions d'application difficilement saisissables pour les parties. Quant à l'obligation de s'informer, qui est le « contre-pouvoir » du devoir d'informer, elle n'est prévue qu'implicitement (Section 2).

Section 1 : L'obligation d'informer

L'objet du devoir d'informer est de permettre à celui qui n'est pas en mesure de se procurer facilement une information indispensable à son consentement d'être renseigné par son cocontractant[106]. Mais, le débiteur n'est obligé que s'il connaît l'information indispensable. Ainsi, pour acquérir la qualité de partie dans le cadre d'une obligation d'information, il faut impérativement que les prétendants satisfassent certaines conditions (§1). Par ailleurs, l'information qui doit être délivrée ne doit pas être n'importe quelle information ; le législateur exige qu'elle soit déterminante (§2).

§1 : Les conditions tenant aux parties

Le devoir d'informer n'est admis que lorsque les parties se trouvent dans certaines situations clairement fixées par la loi. Avec la « bilatéralisation »[107] de l'obligation d'information, la qualité de créancier d'obligation d'information n'est octroyée qu'à celui qui ne connaît pas l'information ou qui croit fermement en son cocontractant (B). Alors que le débiteur de l'obligation d'information c'est toute personne qui connaît une information déterminante pour le consentement de son cocontractant (A).

---

[106] C. Larroumet, S. Bros, *Les obligations : le contrat,* in Traité de droit civil, T. 3, *op. cit.*, §329

[107] M. Mekki, « La réforme du droit des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *art. cit.* p. 5 ; H. Lécuyer, « *La formation du contrat* » in La réforme du droit de contrats, Actes de colloque, 1re Journée Cambacérès, 2015, p. 41 ; J. M. Mousseron, P. Mousseron, J. Raynard, J-B. Seube, *Technique contractuelle,* 5e éd., Francis Lefebvre, 2017, §545

A. Les conditions tenant au débiteur

Le débiteur de l'obligation d'information n'est pas celui qui est dans une position économique plus favorable. Pour être débiteur d'une obligation d'information, il faut répondre à un certain nombre de conditions (1). Toutefois, ces conditions ne sont pas dénuées de toutes difficultés (2).

1. L'exposé des conditions pesant sur le débiteur

Le débiteur de l'obligation d'information c'est celui qui connaît à la fois une information (a) et l'influence que celle-ci peut avoir sur le consentement de son cocontractant (b).

a. La connaissance d'une information

Personne ne peut être débiteur d'une prestation s'il n'est pas en mesure de satisfaire son engagement. Pour y arriver, le débiteur doit obligatoirement connaître avec certitude l'information dont il est redevable[108]. Mais, il peut arriver aussi que le débiteur soit tenu de délivrer des informations prévisibles. Il s'agit là des deux types d'information générateurs de la qualité de débiteur.

17. L'information connue doit être réelle. La qualité de débiteur d'une obligation d'information n'est admise que si l'une des parties a une connaissance réelle d'un fait[109]. Le débiteur d'une obligation d'information n'est pas quelqu'un qui a des connaissances supposées d'un fait déterminant. Il doit avoir la certitude que l'information dont il dispose est réelle. Une information dont on doute de son existence ou de sa véracité n'est pas une information dont on peut revendiquer la connaissance. La connaissance d'une information est réelle si et seulement si elle ne nécessite pas d'investigation préalable au moment de la transmettre. Plus clairement, on peut dire que la connaissance de l'information doit être soit antérieure à la prise de contact avec le créancier, soit simultanée à celle-ci par le jeu de questions/réponses. On ne serait pas

[108] C. Larroumet, S. Bros, *Les obligations : le contrat,* in Traité de droit civil, T. 3, *op. cit.*, §330 ; M. Fabre-magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *art. cit.*, p. 706 ; L. Aynes, P. Crocq, A. Aynes, *Droit des sûretés*, 15e éd., LGDJ, 2021, §118

[109] R. Boffa, « Obligation d'information », in *Dictionnaire du contrat,* D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc, (sous dir.), *art. cit.,* §183

dans le domaine de l'information connue, c'est-à-dire de l'article 1112-1 du Code civil, si la connaissance de l'information a nécessité une investigation approfondie de la part du débiteur après sa prise de contact avec le créancier. Il n'est pas fait obligation aux parties de rechercher l'information à délivrer. Aussi, aucune présomption de connaissance ne pèse sur elles[110]. Elles ne sont tenues de donner que des informations dont la connaissance est réelle au moment de la prise de contact.

Le devoir d'information de l'article 1112-1 du Code civil a opté ainsi pour une « conception minimaliste » de l'obligation précontractuelle d'information[111]. Cette limitation du domaine de l'obligation d'information est très clairement soulignée par le législateur. En effet, il est précisé aux dispositions de l'article 1112-1 du Code civil que le débiteur est celui qui « connaît une information »[112]. La Cour de cassation estime aussi « que l'obligation de renseignements…, ne peut…, s'appliquer qu'à ce qui est connu »[113]. Donc en cas de doute sur la véracité de l'information, on sort du champ d'application de l'article 1112-1 du Code civil.

18. L'information connue peut être prévisible. Lorsqu'un fait est imprévisible, il n'y a pas obligation d'information sur lui[114]. Seule la connaissance d'un fait prévisible doit être portée à la connaissance du créancier[115]. Cependant, il faut relever qu'un fait prévisible n'est pas un fait dont on détient réellement la connaissance. C'est un fait qui pourrait exister très bientôt. Alors qu'un fait connu est un fait existant, il est actuel. Une lecture fine de l'article 1112-1 du Code civil peut laisser penser que le législateur semble cantonner l'obligation du débiteur aux seuls faits existants et actuels. Mais, une lecture approfondie de la disposition peut permettre d'affirmer que l'exigence de la connaissance d'une information peut concerner aussi les informations qui sont prévisibles lors de l'exécution de l'obligation d'information. En disant que les informations déterminantes sont celles qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu ou la qualité des parties, le législateur peut laisser entendre que les faits prévisibles doivent être portés à la connaissance du créancier[116]. Un fait prévisible, même non réellement connu du débiteur, peut avoir un lien avec le contenu ou la qualité des parties. Est donc débitrice d'une obligation d'information la personne qui détient des connaissances réelles sur un fait et

---

[110] *Infra* §32 et s.

[111] M. Mekki, « La réforme du droit des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *art. cit.,* p. 5

[112] Art. 1112-1 al 1er C. Civ.

[113] Cass. 1er civ. 8 avril 1986, n° 84-11.443, Bull. I, n° 82 ; Cass. 3e civ., 5 décembre 2012 n° 11-20689

[114] J. Heinich, Le droit face à l'imprévisibilité du fait, préf. J. Mestre, PUAM, 2015, § 18 ; B. Mercadal, *Mémento droit commercial*, 26e éd., Francis Lefebvre, 2018, §11 848

[115] Cass. com. 21 juin 2016, n° 15-10.029 D. RTD civ., 2 016 611 obs. Barbier

[116] *Infra* §37

la personne qui a des connaissances prévisibles sur un fait. D'ailleurs, en droit bancaire, l'obligation de mise en garde ne porte que sur des faits prévisibles au moment de la conclusion du contrat. C'est parce qu'un risque quelconque est prévisible que le banquier est tenu de mettre en garde son client[117]. De même en droit de la distribution, le document d'information précontractuelle doit contenir des informations sur l'avenir de la relation contractuelle projetée[118]. Ainsi, si un fait futur, même incertain, est connu, il doit être porté à la connaissance du créancier[119]. Mais, si le fait est prévisible aussi pour le créancier, il n'y a pas obligation d'information[120]. Le créancier est censé ainsi connaître le fait prévisible, à défaut, son ignorance devient illégitime[121]. Il faut remarquer cependant que le débiteur d'une obligation d'information prévisible ne peut être qu'un professionnel. Seul ce dernier est capable d'anticiper sur des faits qui pourraient intéresser le consentement de son cocontractant. Mais, une difficulté pourrait subvenir lorsque le fait se révèle par la suite différent de celui énoncé au créancier. Dans ce cas peut-on parler de dol ? Apparemment, non ; il n'y a pas a priori une intention de nuire[122].
La seule connaissance d'une information par l'une des parties n'est pas suffisante pour être redevable de l'obligation d'information prévue par les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. Il faut aussi connaître l'influence que cette information peut avoir sur le consentement de l'autre partie.

b. La connaissance de l'influence de l'information sur le consentement du créancier

Le débiteur d'une obligation d'information doit nécessairement connaître l'influence que celle-ci peut avoir sur le consentement du créancier[123]. La simple connaissance d'une information ne suffit pas pour être redevable d'un devoir d'information. L'exigence de la connaissance de l'influence de l'information est consacrée dans l'article 1112-1 du Code civil. En effet, en disant que « lorsqu'une partie connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre », le législateur met l'accent aussi bien sur la connaissance d'une information que sur le rôle important que peut jouer celle-ci sur la décision du créancier. Il faut

[117] J. Heinich, Le droit face à l'imprévisibilité du fait, *op. cit.*, §18
[118] *Infra* §170 et s.
[119] J. Heinich, Le droit face à l'imprévisibilité du fait, *op. cit.*, §19
[120] J. Heinich, Le droit face à l'imprévisibilité du fait, *op. cit.*, §24
[121] *Infra* §26 et s.
[122] *Infra* §64 et s.
[123] J. Ghestin, G. Loiseau, Y-M. Serinet, *Formation du contrat : Le contrat – Le consentement,* in Traité de droit civil, *op. cit.*, §1704

ainsi faire la distinction entre les informations qui peuvent exercer une influence sur le consentement du créancier et celles qui n'en ont pas.

Une information influente est une information qui détermine directement la conclusion du contrat. Elle est influente parce qu'elle exerce une pression considérable sur la décision du créancier de conclure le contrat[124]. La pression de l'information sur la décision peut prendre plusieurs formes. Mais avant d'aborder chacune de ces formes d'influence de l'information, il est important de rappeler que l'influence de l'information doit se situer au moment de la formation du contrat.

19. Ce sont les informations influentes qui déterminent le consentement du créancier. La première forme est constituée de toutes les informations pouvant être la cause directe de l'assentiment du créancier. Sans ces informations, le créancier n'aurait pas contracté. Ainsi, si une partie détient une information dont il sait que la connaissance peut conduire à la conclusion du contrat, elle doit la transmettre d'office. Au cas contraire, elle manquerait à son obligation d'information. Toutefois, la détermination de ce genre d'information n'est pas prévue par les nouveaux textes du Code civil. Cette catégorie regroupe en général toutes les informations qui touchent directement à l'objet du contrat. Par exemple, en droit de la distribution, les informations pouvant exercer une pression considérable sur le consentement du créancier sont notamment celles relatives à l'état général et local du marché des produits ou services relatifs au contrat, les perspectives de développement du marché, les informations relatives au réseau de l'exploitant notamment ses rapports avec ses affiliés[125]. En matière de prêt bancaire, l'information influente est nécessairement relative au taux effectif global, aux modalités de remboursement. En droit des assurances, l'information influente est relative à la description du risque couvert ainsi qu'à l'étendue de la couverture[126].

20. Ce sont les informations influentes qui modifient le consentement du créancier. La deuxième catégorie d'information influente est constituée de toutes les informations qui ne rentrent pas dans celles pouvant déterminer l'assentiment du créancier. Ce sont l'ensemble des informations qui peuvent modifier le consentement de ce dernier sans pour autant le déterminer. Les informations influentes qui peuvent modifier le consentement de l'autre partie sont constituées de toutes les informations qui, si elles sont connues par le créancier, peuvent substantiellement modifier son consentement. Sans ces informations, le créancier aurait conclu le contrat, mais à des conditions substantiellement différentes. Ainsi, si l'une des parties détient

[124] V° influence, dictionnaire petit robert grand format

[125] *Infra* §171 et s.

[126] *Infra* §181 et s.

une information dont il sait pertinemment qu'elle peut modifier le consentement du créancier, elle est tenue de la lui livrer. Sont ainsi des informations influentes celles relatives aux délais de livraison, les informations relatives à la composition des produits ou des services.
Au-delà de ces deux catégories d'informations influentes, il existe des informations qui ne sont pas du tout influentes pour le consentement du créancier.

21. L'information ne pouvant pas influencer le consentement du créancier. Une information qui ne peut déterminer ou influencer le consentement d'une des parties ne doit pas être délivrée. Elle est exclue du champ d'application de l'article 1112-1 du Code civil. Le détenteur de ce genre d'information doit la garder pour lui-même pour ne pas faire sombrer le créancier dans une masse d'informations. En se fondant sur les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, les informations relatives aux domiciliations bancaires de l'entreprise ou l'adresse du siège de l'entreprise ne sont pas déterminantes.
Aussi, il est possible d'imaginer qu'une information ait un caractère influent sans que le débiteur le sache. Dans ce cas, il n'est pas tenu de livrer l'information au créancier. En effet, seules les informations dont le détenteur sait le caractère influent doivent être communiquées. Sans connaissance du caractère influant de l'information, le débiteur est exonéré de son obligation d'information. Donc si une partie connaît une information sans connaître l'influence que celle-ci peut avoir sur le consentement de l'autre partie, elle n'est pas tenue de la lui livrer. Donc, si une partie connaît une information et sait aussi le caractère influant de celle-ci sur le consentement de son futur cocontractant, elle est tenue de la lui transmettre. Mais, pour bien percevoir, le champ d'application de l'obligation d'information du côté du débiteur, il est intéressant de mettre l'accent sur les limites des conditions pesant sur ce dernier.

2. Les limites des conditions pesant sur le débiteur

Après avoir évoqué l'ensemble des conditions requises pour obliger une partie à renseigner son cocontractant, il est temps maintenant de voir toutes les situations dans lesquelles le débiteur est exonéré de son obligation d'information. Parmi ces situations, on a l'exclusion à la fois de l'obligation de s'informer pour informer (a) et de la présomption de connaissance (b).

a. L'exclusion de l'obligation de s'informer pour informer

Le débiteur d'un devoir général d'information est tenu de délivrer à son partenaire uniquement des informations dont il a une connaissance réelle et objective contrairement à ce que prévoyait

le projet de réforme[127]. Cette restriction du périmètre de l'obligation d'information peut s'expliquer par plusieurs raisons.

22. Le débiteur n'est pas tenu de se renseigner pour informer le créancier. Dans le projet de réforme, il était prévu que le débiteur devait s'informer pour informer le créancier[128]. Mais, cette exigence a disparu de la version finale du Code civil. L'article 1129 du projet de réforme disposait en effet que le débiteur est celui « qui connaît ou devrait connaître » une information. Ainsi le débiteur de l'obligation d'information était, soit la partie qui connaissait objectivement une information intéressant le consentement de l'autre partie, soit la personne qui était censée connaître l'information. L'obligation de connaître une information n'est plus une condition de l'obligation d'information. L'extension de l'obligation d'information aux informations qui devait être connues par le débiteur s'expliquait par le fait qu'elle a été consacrée par la jurisprudence avant la réforme du droit des contrats[129] et qu'elle existait dans plusieurs lois spéciales[130] applicables à certains contrats[131]. Ainsi, la réforme étant à droit constant[132], il était tout à fait logique d'estimer que le débiteur du devoir général d'information est tenu de livrer au créancier toutes les informations qu'il aurait dû connaître.

Cette extension du champ d'application de l'obligation avait suscité de vifs débats au sein de la doctrine au lendemain de la publication du projet de réforme. Beaucoup d'auteurs ont estimé que mettre sur la tête du débiteur une obligation de s'informer pour informer était dangereux[133]. Alors que d'autres auteurs soutenaient le fait qu'on ne puisse pas mettre sur les épaules du débiteur, une obligation de s'informer pour informer réduirait considérablement la portée du devoir général d'information au regard de la jurisprudence[134]. Au regard de ces deux positions doctrinales, le législateur a opté finalement pour l'exclusion de l'obligation de s'informer pour informer. Aujourd'hui, le débiteur d'une obligation d'information précontractuelle n'est pas

---

[127] *Supra* §17 et s.

[128] ST. Porchy -simon, *Droit Les obligations,* 15e éd., D., 2021, §202

[129] Cass. com. 19 juillet 1966, Bull. civ., n° 369, p.324 ; Jugement du tribunal d'Argentan du 15 octobre 1970, D. 1971, p.718, note J. Ghestin

[130] Art. 514-20 du code de l'environnement, art. L.75-2 du code minier ; art. L.311-9 et L.333-4 C. consom.

[131] J. Ghestin, Gr. Loiseau, Y-M. Serinet, *Formation du contrat : Le contrat – Le consentement,* in Traité de droit civil, *op. cit.,* §1713

[132] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, emprunte onze fois les expressions « droit constant » et « jurisprudence constante ».

[133] J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §530

[134] L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6e éd., 2021, §186

obligé de s'informer pour informer[135]. Il n'est tenu que des informations dont il dispose au moment de la formation du contrat[136].

23. Plusieurs raisons expliquent l'exclusion de l'obligation de s'informer pour informer. L'arbitrage effectué par le législateur entre l'exigence ou non d'une obligation d'informer pour informer a plusieurs justifications. La première explication de la suppression de l'obligation de s'informer pour informer c'est l'ambiguïté. En effet, il n'est pas aisé de cerner cette expression. D'abord, il n'est pas facile de tracer la frontière entre les informations que le débiteur doit connaître et celles qu'il ne doit pas connaître. On ne sait pas si c'est l'importance de l'information, son accessibilité ou encore sa complexité qui peut obliger le débiteur à se renseigner. Pire, même si un critère avait été retenu, il y aurait toujours des zones d'ombre par rapport à la manière dont le débiteur devait s'informer. Devait-il faire de simples recherches ou des recherches approfondies ? À quel moment pourrait-on dire que le débiteur a recherché l'information en vain ou n'a-t-il pas suffisamment recherché celle-ci ? Ce sont là un ensemble de questions qui compliquent la mise en place d'un devoir général d'information fondé sur l'obligation de s'informer. Par ailleurs, si on avait mis en place une obligation de s'informer pour informer, l'obligation d'information n'aurait pas le même succès selon que le débiteur est un professionnel ou un profane. S'il est professionnel, il a plus de facilité pour se renseigner que le profane. L'obligation d'information pèserait donc beaucoup plus lourdement chez les profanes d'autant plus que l'article 1112-1 du Code civil a « bilatéralisé » le devoir général d'information[137].

Au-delà de l'ambiguïté, il y a le coût de l'information qui ne favorise pas la mise en place d'une obligation d'informer pour informer. Le coût de la recherche de l'information n'est pas facile à supporter lors de la phase précontractuelle. Dans certains contrats, la recherche de l'information peut engendrer des coûts très importants. Dans la cession de titres sociaux par exemple, le cédant pourrait être amené à engager des experts financiers, comptables, et juridiques pour réunir l'ensemble des informations intéressant le consentement du cessionnaire. Or même avec cet investissement, le débiteur ne peut pas être certain de la conclusion du contrat[138]. Obliger ainsi une partie à faire des dépenses uniquement pour renseigner son futur cocontractant sans être sûre de la conclusion du contrat par cette dernière relève de l'imprévisibilité

[135] C. Lachièze, Droit des contrats, 5è éd., Ellipses, 2020, §206

[136] M. Mekki, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *art. cit.*, p. 15

[137] *Supra* §17 et s.

[138] M. Fabre-magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *art. cit.*, p. 706

précontractuelle. Ce sont ces inquiétudes qui ont peut-être poussé le législateur à exclure l'obligation de s'informer pour informer du champ d'application de l'article 1112-1 du Code civil.

Toutefois, il est important de noter qu'une partie qui prend librement l'initiative de se renseigner pour informer son futur cocontractant est tenue de l'exactitude de ses informations. Elle engage sa responsabilité si l'information se révèle par la suite fausse. La restriction du champ d'application ne se limite pas à l'exclusion de l'obligation de s'informer pour informer, elle porte aussi sur l'exclusion de la présomption de connaissance.

b. L'exclusion de la présomption de connaissance d'une information

Le débiteur d'un devoir général d'information ne doit porter à la connaissance du créancier que les informations dont il dispose réellement. Il n'est pas obligé de s'informer pour informer. De même, lorsque le débiteur est un professionnel, il n'y a pas de présomption de connaissance d'une information qui pèse sur lui. Toutefois, au regard de la jurisprudence, il est possible de penser que le juge pourrait restaurer la présomption irréfragable de connaissance chez les professionnels.

24. Il n'y a pas *a priori* de présomption de connaissance chez les professionnels. La réforme du droit des contrats a remis les parties à une obligation d'information précontractuelle sur un pied d'égalité. Que l'on soit professionnel ou profane, on est tenu de renseigner uniquement les informations qu'on connaît réellement. Contrairement aux solutions jurisprudentielles d'alors[139], le professionnel n'est pas présumé connaître toutes les informations qui sont susceptibles d'intéresser le consentement du créancier. Les juges estimaient en effet que les professionnels étaient tenus de s'informer pour informer leurs cocontractants[140]. Désormais, le principe d'égalité instauré par les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil interdit de sanctionner un professionnel qui n'a pas délivré une information qu'il était censé connaître.

Afin de bien saisir la portée de l'absence de présomption de connaissance des professionnels en droit commun, il faut comparer les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil de

[139] Cass. com. 27 novembre 1972, Bull. civ., IV, n° 282, p. 266 ; cass. Com. 27 avril 1971, JCP 1972. II. 17 280, note Boitard et Rabut

[140] Cass. Civ. 1ère, 7 avril 1998, n° 96-16148 : bull. civ. I, n° 150 ; RTD. Civ. 1998, 84, obs. J.Mestre ; Cass. 1er civ. 3 décembre 2014, n° 13-27.202, contrats, conc. consom., 2015, comm. n° 56, obs. L. Leveneur ; Cass. Cass. 1re civ., 14 février 2018, n° 16-27.263

l'obligation d'information précontractuelle du droit de la consommation. En effet, à la lecture des textes régissant l'obligation d'information, le législateur consumériste ne limite pas l'obligation d'information du professionnel aux seules informations qu'il connaît[141]. Il n'y a pas de principe de connaissance de l'information et de l'influence de celle-ci sur le consentement du créancier comme en droit commun, limitant ainsi le domaine des informations à fournir. Le silence des textes laisse supposer que le professionnel est obligé de se renseigner pour renseigner s'il ne dispose pas de l'information dont le consommateur a besoin. Le domaine de l'obligation d'information consumériste entre ainsi en conflit[142] avec les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil[143]. Il y a quelques années, quand l'obligation d'information de droit commun était régie par la jurisprudence, ce conflit n'existait pas. Mais avec la consécration d'un devoir général d'information en droit commun, le domaine de l'obligation d'information se trouve nettement restreint. Toutefois, le juge a restauré la présomption de connaissance chez les professionnels.

25. Le juge a restauré la présomption de connaissance des professionnels. Si la réforme est faite à droit constant, comme le souligne le rapport au président de la République[144], on pourrait toujours opposer la présomption de connaissance aux professionnels[145]. Ils seraient ainsi obligés de rechercher les informations dont ils sont susceptibles d'être redevables pour les livrer à leur futur cocontractant. Dans le passé, cette approche de la jurisprudence avait suscité de vifs débats au sein de la doctrine. Une partie jugeait la position des juges du droit très sévère[146] alors que d'autres la saluaient et appellent même aujourd'hui à sa restauration[147].

La présomption de connaissance des professionnels a revu le jour à travers l'exigence simplifiée d'une obligation de s'informer pour informer[148]. En effet, il ne faut pas prendre l'obligation de

---

[141] *Infra* §179 et s.

[142] *Infra* §232 et s.

[143] *Infra* §242 et s.

[144] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, emprunte onze fois les expressions « droit constant » et « jurisprudence constante ».

[145] M. Mekki, « La réforme du droit des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *art. cit.* p.6 et 7 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit*., §319-1 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, *op. cit.,* §186 ; P. ANCEL, *Droit des obligations en 12 thèmes*, 3e éd., D., 2020, p. 101

[146] C. Larroumet, S. Bros, *Les obligations : le contrat,* in Traité de droit civil, T. 3, *op. cit.*, §329

[147] L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, *op. cit.,* §186 ; M. Mekki, « La réforme du droit des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *art. cit*. p.6 et 7 ;D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit*., §319-1 ; B. Mercadal, *Mémento droit commercial*, *ibid.,* §11 848

[148] CA Riom, ch. civ. 01, 19 octobre 2021, n° 20/00217 ; CA Reims, ch. civ. sect. instance, 14 décembre 2021, n° 21/00123 ; CA Rouen, 1re ch. civ., 28 septembre 2022, n° 21/01246

s'informer pour informer au sens strict de l'expression. Le professionnel peut juste faire un simple audit des besoins de son cocontractant avant de l'informer. C'est là une manière simple de se renseigner pour renseigner. Ainsi le professionnel demanderait au créancier ce qu'il recherche dans le contrat[149]. À partir des informations qui lui seront livrées par ce dernier, il sera mieux en mesure de savoir ce qu'il faut lui dire et ce qu'il ne faut pas lui dire. D'ailleurs, dans un arrêt de la troisième chambre civile du 3 décembre 2014, la haute Cour rappelait de manière très explicite que « l'obligation de conseil imposait au vendeur de s'informer des besoins de l'acheteur afin d'être en mesure de lui fournir tous les renseignements indispensables à l'utilisation prévue du véhicule vendu »[150]. Plus récemment, la Cour d'appel de Riom a jugé que « la qualité de vendeur professionnel de la SCI DMC doit dans ces conditions être retenue, celle-ci étant dès lors présumée avoir eu une parfaite connaissance des caractéristiques du bien promis à la vente et de ses éventuels inconvénients …»[151]. Dans le même sens, la Cour d'appel de Toulouse a aussi jugé que « c'est à juste titre que le contrat de vente d'un chalet en bois a été annulé. Il appartenait en effet au vendeur professionnel d'informer son client sur la nécessité d'obtenir une autorisation d'urbanisme pour l'implantation de ce chalet, et de l'inciter à obtenir les autorisations requises avant la conclusion du contrat »[152].

Par ailleurs, il faut ajouter que la présomption de connaissance irréfragable des professionnels pourrait être conservée dans certains cas[153]. En effet, la jurisprudence a posé depuis très longtemps, une présomption irréfragable des vices cachés affectant le bien lorsque le vendeur est de mauvaise foi[154]. Toutefois, la présomption de connaissance ne devrait pas prospérer si les deux parties sont des professionnels de la même spécialité. Le débiteur de l'obligation d'information pourrait se prévaloir des clauses limitatives de responsabilité[155].

En définitive, le débiteur d'une obligation d'information est quelqu'un qui connaît une information et l'influence de celle-ci chez le créancier sans qu'il soit obligé de s'informer pour

---

[149] J. Julien, *Droit de la consommation*, 4e éd, LGDJ, 2022, §72

[150] Cass. 2e ch. civ. 19 octobre 1994, n° 92-21.543 ; cette position sera par la suite réitérée plusieurs fois : Cass. 1re civ., 30 mai 2006, n° 03-14.275, RLDC 30/2006, n° 2184 ; Cass. 1re civ., 2 juillet 2014, n° 13-10.076, JCP E 2015, 1037, note C. Vanuls ; Cass. 1re civ., 3 décembre 2014, n° 13-27.202, CCC 2015, n° 56, note L. Leveneur ; TI Poitiers, 20 juin 2008, Contrats, conc. Consom 2008, n° 215, note, G. Raymond,

[151] Cass. 1è Civ, 28 octobre 2010, n° 09-16913, Bull. civ, I, n° 215, D. 2010, act. P. 2580, note X. Delpech ; contrats, conc. consom. 2011, comm. 1 obs. L. Leveneur

[152] CA Toulouse, 1re ch., 1re sect., 25 avril 2022, n° 20/01584 ; *adde* : CA Bordeaux, 4e ch. com., 1 mars 2023, n° 20/04884

[153] B. Mercadal, *Mémento droit commercial*, *ibid.,* §11 848

[154] CA Paris, 22 avril 1983 : GP 1 983 346 ; CA Nîmes 19 mai 1994, JCP G 1995. IV .1080

[155] B. Mercadal, Mémento droit commercial, *op. cit*. §27 250

connaître l'information ou qu'on puisse lui opposer la connaissance de celle-ci. Qu'en est-il du créancier de l'obligation d'information ?

B. Les conditions tenant au créancier

Le créancier de l'obligation d'information doit, comme le débiteur, être dans certaines situations bien précises pour pouvoir bénéficier des renseignements du débiteur (1). Cependant, les conditions requises pour avoir la qualité de créancier revêtent des difficultés. C'est pourquoi, pour bien cerner le champ d'application du devoir d'information, il convient de rechercher des solutions aux difficultés relevées dans la situation du créancier (2).

1. L'exposé des conditions pesant sur le créancier

Le créancier de l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil doit soit ignorer légitimement l'information soit faire confiance au débiteur. Ces deux conditions alternatives doivent satisfaire à leur tour deux critères.

a. L'ignorance légitime du créancier

Seule la partie qui a le droit de ne pas connaître une information peut prétendre à la qualité de créancier d'une obligation d'information précontractuelle[156]. Elle a cette qualité si son ignorance est à la fois légitime et effective[157]. L'objectif est de ne pas trop protéger le créancier. Il est tenu de défendre ses intérêts s'il peut le faire[158]. Quand on parle d'ignorance, on fait directement référence à une connaissance manquée. Le fait de ne pas connaître quelque chose qu'on ne pouvait pas savoir ou qu'on pouvait savoir, mais dont on n'a pas pris connaissance constitue une ignorance. L'ignorance doit ainsi s'apprécier en fonction de l'information en cause.

---

[156] O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p. 105

[157] J. Ghestin, Gr. Loiseau, Y-M. Serinet, *Formation du contrat : Le contrat – Le consentement,* in Traité de droit civil, *op. cit.,*§1727

[158] H. Aubry, « La protection de la partie faible », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires*, F. Barbière (dir.), *Lexisnixi*s, 2017, p. 32

26. L'ignorance du créancier doit être légitime. Une ignorance légitime est une ignorance qui est fondée aussi bien en droit, en justice, et en raison[159]. On dit que l'ignorance est légitime si le créancier n'avait aucun moyen intellectuel, scientifique ou technique de connaître l'information. Ainsi, le droit de ne pas savoir n'est possible que si l'information est inaccessible[160]. Plus l'information est inaccessible, plus l'ignorance devient légitime et plus la qualité de créancier se renforce. L'inaccessibilité de l'information par une partie entraîne un déséquilibre informationnel entre les cocontractants[161]. Si le créancier, malgré ses qualités, n'est pas en mesure de rivaliser avec les aptitudes de son partenaire, son ignorance devient légitime[162]. Cependant, comment savoir si une information est inaccessible ? Ni le législateur ni la jurisprudence n'ont répondu à cette question[163]. Toutefois, la doctrine estime qu'une information est inaccessible au créancier lorsque celui-ci n'est pas en mesure de se procurer le renseignement[164]. Une information inaccessible est donc une information qu'une partie ne peut pas connaître après un simple renseignement.

L'inaccessibilité de l'information peut être due à plusieurs facteurs. En effet, si une partie est incompétente[165], ce qui est le cas si elle est inexpérimentée[166] et novice[167], son ignorance devient légitime[168]. De même, lorsque le créancier de l'obligation d'information est illettré, cela suffit à établir la légitimité de son ignorance[169]. D'ailleurs, il a été jugé que « l'état de faiblesse intellectuelle patente des époux [emprunteurs], et l'inaptitude pratique de l'un comme l'autre à mesurer la portée de leur emprunt [justifie] une « obligation d'information et de conseil renforcée »[170]. L'information devient également inaccessible si l'une des parties ne comprend

---

[159] Dictionnaire**,** *Le grand Larousse, Illustré*, 2019, p. 665, V° « Légitime » ; A. Cataldo, A. Pütz, (sous-dir.), *De quoi le contrat est-il le nom : application et tendances récentes du droit des contrats,* Anthemis, 2017, § 4 et s.

[160] Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, F. Chénedé*, Droit civil : les obligations*, *op. cit.*, §336 ; M. Mekki, « La réforme du droit des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *art. cit.* p. 7

[161] D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit*. §315

[162] M. Mekki, « La réforme du droit des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *art. cit.* p. 7 et 8

[163] En revanche la jurisprudence s'est prononcée sur ce qui est une information accessible, *infra* §54

[164] D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit.* §321

[165] St. Piédelièvre, *Droit de la consommation,* 3e éd, Economica, 2020, §55 ; *adde :* Cass. com. 28 mai 2002, Contrats, conc, consom., 2002, n° 138, obs. Leveneur

[166] Com. 14 mars 2006, n° 04-17.336

[167] R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier, op. cit.,* §562,12

[168] O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p. 106

[169] B. Mercadal, *Mémento droit commercial*, *op. cit*. §11 850.

[170] Cass. 1re civ., 15 mai 2002, n° 99-19.958.

pas la langue du contrat[171]. Aussi, lorsque le créancier n'est pas en mesure d'assumer le coût de la recherche de l'information, l'accessibilité de celle-ci devient impossible. En plus de la légitimité, l'ignorance du créancier doit être effective.

27. L'ignorance du créancier doit être effective. L'ignorance est effective si et seulement si elle est certaine. La certitude de l'ignorance doit être analysée objectivement. Ce qui veut dire que n'importe quelle personne, qui a les mêmes qualités que la partie ignorante, doit méconnaître l'information. Ainsi, l'effectivité de l'ignorance peut être établie dans deux situations. La première, c'est lorsque le créancier n'a aucune connaissance de l'information détenue par l'autre partie. Dès l'instant qu'elle est au courant de l'information, le caractère effectif de l'ignorance disparaît. La conséquence première de cette disparition, c'est l'exonération du débiteur de son obligation d'information précontractuelle. Le défaut d'effectivité de l'ignorance entraîne ainsi une illégitimité de l'ignorance qui entraîne à son tour une perte de la qualité de créancier de l'obligation d'information précontractuelle. La seconde situation dans laquelle on peut dire que l'ignorance du créancier est effective c'est si le créancier détient l'information en cause, mais que celle-ci est fausse ou insuffisante. En effet, il peut arriver que le créancier du devoir d'information ait connaissance d'une information, mais de manière erronée. Dans ce cas, il devient ignorant et doit être renseigné par l'autre partie. Dans certaines opérations contractuelles, les informations peuvent très rapidement changer ou évoluer comme dans les contrats de cession de titres sociaux. C'est pourquoi la connaissance des parties doit être très régulièrement actualisée. En outre, l'ignorance d'une information devient effective si l'information détenue est insuffisante. L'insuffisance de l'information peut être établie si l'information détenue ne permet pas d'avoir une vision claire et effective du contrat projeté. C'est le cas, en matière de prêt bancaire, si l'emprunteur avait, une fois dans sa vie, exercé furtivement le métier de banquier.

Toutefois, contrairement à la situation dans laquelle le créancier n'a aucune connaissance de l'information, il lui appartient de signaler son ignorance au débiteur. Il peut ainsi lui poser des questions en cherchant soit à confirmer ou infirmer l'information qu'il détient. Dans le cas contraire, chacune des parties commettrait une faute.

Le créancier de l'obligation d'information exprimée dans les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil est donc celui qui a à la fois une ignorance effective et légitime de l'information. Mais il peut être aussi quelqu'un qui a juste confiance en son cocontractant.

[171] R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, *op. cit.,* §562,12

b. La confiance légitime du créancier

Avoir confiance en son partenaire rend légitime la qualité de créancier d'une obligation d'information. La confiance au débiteur peut empêcher le créancier de se renseigner. Il suffit, si on se fonde sur la lettre de l'article 1112-1 du Code civil, que le créancier fasse confiance à son débiteur, peu importe le degré, pour qu'il soit dispensé de se renseigner. Mais, une telle vision simpliste de la confiance pourra nuire à l'essence de l'obligation d'information. C'est pourquoi il faut s'interroger sur la notion de « confiance » afin de savoir si toute sorte de « confiance » peut être invoquée par le créancier.

28. La notion de confiance. Étymologiquement le terme « confiance » est dérivé de « confidence » qui est lui-même issu du latin « *confidentia* »[172]. Selon Le Robert, la « confiance » c'est le « fait de croire [d'avoir une] espérance ferme [d'avoir une] foi »[173] en quelqu'un. La confiance fait donc référence à un sentiment positif qu'une personne ressent à l'encontre d'une autre personne et dont elle peut espérer bénéficier en retour[174]. Prise dans ce sens, la confiance aurait un bel empire en droit de la famille où l'amour et la fidélité constituent les pierres angulaires. Mais, en l'appliquant au domaine contractuel, la « confiance » risque de ne pas trouver un « preneur » lui jurant amour et fidélité du fait de son caractère typiquement sentimental[175]. Cependant, faire sortir complètement la « confiance » du droit des contrats est quand même quelque peu risqué et même exagéré. En effet, en droit commun des contrats, même si les textes ne font pas assez référence[176] à la notion de « confiance », il existe quand même une expression, bien connue, qui semble être proche de la « confiance » : la bonne foi[177]. La jurisprudence semble même lui donner une place de choix dans certains domaines contractuels. En effet, la Cour d'appel de Paris a emprunté, de manière « didactique »[178], l'expression « test de la croyance légitime à la pérennité des relations »[179] pour vérifier si des

[172] Le Robert, Dictionnaire culturel en langue française, 2006, p.1765

[173] Le Robert, Dictionnaire culturel en langue française, *loc. cit.*

[174] Ph. Le Tourneau et D. Krajeski, « Contrat intuitu personae », *JCl. Contr. Distr., fasc.* 200, 2012, §16

[175] A. Albarian, *De la perte de confiance légitime en droit contractuel : essai d'une théorie*, mare & martin, 2012, §2

[176] À notre connaissance il n'y a que l'article 1112-1du Code civil qui en évoque expressément le terme « confiance » en droit commun des contrats.

[177] G. Cornu, « La résolution de la vente pour retard de la livraison dans un "contrat de confiance" », *RTD, Civ.* 1978, §1 ; J. Vogel, « Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? Une nécessité pour l'économie et les entreprises françaises », *art. cit.* p. 470

[178] F. Buy, « Rupture brutale des relations commerciales établies : panorama 2017 », R*RLD,* nº 155, 2018, p. 13

[179] CA Paris, 18 janvier 2017, nº RG : 14/08437, Contrats, conc., consom. 2017, comm. 79, obs. Mathey N.

relations commerciales étaient établies. Ainsi, on voit nettement que la formule empruntée renvoie directement à la notion de « confiance » même si les juges du fond n'utilisent pas expressément le terme « confiance ».

29. L'application de la notion de confiance en droit des contrats. Pour éviter l'éviction pure et simple de la « confiance » en droit des contrats, la doctrine a imaginé deux sortes de « confiance ». Elle distingue la confiance subjective de la confiance objective[180]. La première est « responsable du désamour des juristes pour la confiance »[181], elle renvoie à « l'amour [à] l'amitié »[182]. Alors que la seconde témoignant l'amour des juristes pour la confiance « repose sur une série de données extérieures à l'intimité de la personne »[183]. C'est grâce à cette confiance objective que des personnes parviennent à passer des contrats avec des inconnus[184]. Dès lors, en matière de devoir d'information précontractuelle, quelle confiance peut dispenser une personne à se renseigner ? Il est évident, même si le législateur ne fait pas la distinction entre les confiances, qu'il s'agit de la confiance objective. Un partenaire qui fonde sa confiance au débiteur sur des considérations sentimentales ne peut pas réclamer la qualité de créancier d'une obligation d'information, sa confiance serait illégitime et ineffective.

30. La confiance au débiteur doit être légitime. L'analyse lexicale des dispositions de l'alinéa 1 de l'article 1112-1 du Code civil permet d'affirmer que la confiance au débiteur doit être légitime. Le terme « légitimement », se situant entre deux virgules, doit être distribué aussi bien à l'ignorance qu'à la confiance[185]. Dès lors, comme l'ignorance de l'information, la confiance au débiteur doit être légitime. La confiance est légitime si elle est raisonnable[186]. Ce qui sous-entend que la confiance ne doit pas être excessive. Le caractère légitime suppose le respect d'une certaine proportionnalité entre l'engouement suscité par le comportement du débiteur et le degré de confiance du créancier. Ainsi, à quel moment la confiance au débiteur peut-elle être qualifiée de légitime ? La nature du contrat peut permettre de déterminer si une partie peut légitimement se fier à son partenaire[187]. Mais, cette approche risque de se heurter à

---

[180] R. Laher, Mandat et confiance, *RTD Civ.* 2017, §4

[181] R. Laher, Mandat et confiance, *loc. cit.*

[182] R. Laher, Mandat et confiance, *loc. cit.*

[183] R. Laher, Mandat et confiance, *loc. cit.*

[184] Ph. Le Tourneau et D. Krajeski, « Contrat intuitu personae », *op. cit.* §16

[185] J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §531 ; M. Mignot, « Le droit de la vente après l'ordonnance n° 2016-131 », in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations,* L. Andreu, M. Mignot (sous-dir.), *LGDJ*, 2017, p. 18 et 19

[186] S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit Européen*, pref. M. Fabre-Magan, PUAM, 2012, §178

[187] O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p. 106

un fort courant doctrinal qui estime qu'au nom de la bonne foi, tous les contrats reposent sur la confiance[188]. Cet argument est très vague et dangereux pour le débiteur d'un devoir d'information précontractuelle. Qualifier tous les contrats de contrats de confiance peut entraîner une inefficacité de l'obligation d'information. La légitimité de la confiance peut aussi être recherchée dans la personne du cocontractant. D'ailleurs, c'est la solution que semble préconiser l'article 1112-1 du Code civil. Dans le cadre de l'obligation d'information précontractuelle, la confiance ne doit découler que du cocontractant et non de l'information ou du contrat projeté. Cette confiance peut ainsi être motivée soit par l'identité du cocontractant[189], soit par la nature des relations que les parties entretiennent ou avaient entretenues par le passé[190]. Les auteurs, qui disent que la confiance est légitime si le créancier a confiance dans les informations fournies par le débiteur, apprécient la légitimité en fonction de la croyance de l'information reçue[191]. Une telle approche conduit à examiner la confiance après la délivrance de l'information ; alors que la confiance doit précéder la délivrance de l'information en étant son fait générateur.

31. La confiance au débiteur doit être effective. L'effectivité de la confiance s'analyse en fonction de l'existence d'une croyance dans le débiteur. Il faut que celui-ci, du fait de son comportement, suscite un gage d'espoir indéfectible vis-à-vis du créancier. Ce qui laisse entendre que le créancier doit s'en remettre naturellement au débiteur. Toute sorte de méfiance envers le créancier remettrait en cause l'effectivité de la confiance. Le créancier doit donc demeurer passif lors des négociations, se comporter comme une personne ignorante. Il n'a pas de raison de douter. La croyance dans le débiteur doit ainsi être caractérisée[192]. Le moindre

---

[188] G. Cornu, « La résolution de la vente pour retard de la livraison dans un "contrat de confiance" », *art. cit.* §1 ; J. Vogel, « Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? Une nécessité pour l'économie et les entreprises françaises », *art. cit.* p. 470 ; M. Mekki, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *art. cit.*, p. 15 ; R. Boffa, « Obligation d'information », in *Dictionnaire du contrat,* D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc, (sous-dir.)*, art. cit.,* §183

[189] J-F. Renucci, « L'identité du cocontractant », *RTD com*., 1993, p. 441 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, *op. cit.,* §189 ; J. Ghestin, Gr. Loiseau, Y-M. Serinet, *Formation du contrat : Le contrat – Le consentement,* in Traité de droit civil, *op. cit.,*§1772 ; G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil,* 2e éd., D., 2018, §187 ; J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §531 ; O. Deshayes, note sous Cass. 1re civ., 28 septembre 2016, n° 15-17033 et n° 15-17516, « Obligation d'information et relativité de la faute contractuelle », *art. cit.*, p. 39

[190] B. Fages, *Droit des obligations,* LGDJ, 12e éd., 2022, §99

[191] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral,* PUF, 6e éd., 2021 § 373 ; B. Mercadal, « La réforme du droit des contrats », Francis lefebvre, 2016, §174

[192] S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit Européen*, *op. cit.,* §197

doute de la personne du débiteur oblige le créancier à s'informer lui-même. Toutefois, il se pose la question de la preuve de l'effectivité de la confiance. Comment le créancier doit-il prouver qu'il a eu une confiance absolue en son débiteur ? Ce qui reste sûr, c'est l'acceptation très facile des renseignements livrés par le créancier sans vérification qui peut constituer un début d'établissement de la confiance au débiteur. De même, l'existence d'un bon passé contractuel peut laisser supposer qu'il y a une relation de confiance entre les parties[193]. Aussi, l'existence de liens familiaux peut permettre au créancier d'invoquer sa confiance au débiteur[194]. Encore, la confiance peut être considérée comme effective si le débiteur est un professionnel alors que le créancier est un profane[195].

Cependant, il faut relever que les conditions de l'obligation d'informer pesant sur le créancier demeurent assez confuses. Ce qui ne permet pas de bien cerner le champ d'application du devoir général d'information.

2. Les limites des conditions pesant sur le créancier

Comme pour les conditions pesant sur le débiteur, les conditions tenant au créancier ne permettent pas de délimiter très clairement le périmètre de l'obligation d'information précontractuelle (a). C'est pourquoi il est impératif de rechercher des solutions à ces problèmes afin de bien cerner les contours de l'obligation d'information précontractuelle (b).

a. L'exposé des limites

En exigeant que le créancier ignore l'information ou fasse confiance au débiteur, le législateur met en place des conditions alternatives contradictoires dans l'ouverture de l'obligation d'information. De même, en admettant la confiance à son débiteur comme condition de délivrance de l'information au créancier, le législateur méconnaît la portée de celle-ci dans le cadre des relations contractuelles.

32. Il y a une contradiction entre ignorance légitime et confiance légitime. En faisant une analyse grammaticale du mot « ou », on se rend compte qu'il s'agit d'une conjonction de

[193] O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p. 106

[194] Req. 5 septembre 1838, S. 1838. 1. 951. ; 28 juillet 1905, S. 1911. 1.388. ; Lyon 28 nombre 1930, S. 1932. 2. 201, note Rodière ; Cass. 1re civ., 19 juin 1985, Bull., civ, I, n° 201, p.181 ; Cass. civ., 1re 21 juin 1960, Bull. Civ., I, n° 339, p.279

[195] Cass. civ, 1re 13 mars 1961, RTD com. 1961, p.884

coordination[196]. Celle-ci relie des mots qui ont la même fonction dans une phrase. Or, contrairement aux autres conjonctions de coordination, le « ou » a une valeur disjonctive[197]. Ce qui veut dire qu'il marque la disjonction ou l'alternative. Il sépare ainsi des idées tout en laissant la possibilité de faire des choix entre elles. Dans le cadre de l'obligation d'information, le « ou » dissocie l'idée d'ignorance de l'information de celle de faire confiance au débiteur[198]. En donnant au « ou » le sens qui lui revient, il est tout à fait possible de soutenir qu'un créancier qui ignore illégitimement une information, mais qui fait légitimement confiance au débiteur[199] peut toujours bénéficier de l'obligation d'information[200]. Ce qui veut dire que la confiance est légitime et peut enclencher l'exécution de l'obligation d'informer[201].

Mais, cette interprétation donne lieu à une contradiction entre l'ignorance légitime et la confiance légitime[202]. En effet, avec cette approche, dès l'instant qu'on a confiance en son futur cocontractant, on n'est plus obligé de s'informer par soi-même, même si l'information est facilement accessible[203]. Pire, si le créancier ne fait pas confiance à son cocontractant, il est obligé de se renseigner par lui-même alors même que l'information lui est inaccessible. On constate donc que l'étendue de l'obligation d'information par rapport à la situation du créancier est difficile à cerner si l'on donne pleinement effet aux mots empruntés par le législateur.

33. Tous les contrats sont des relations de confiance. Au-delà des difficultés résultant de l'interprétation grammaticale, d'autres problèmes peuvent être posés. En effet, il est possible de se demander si tous les contrats ne sont pas avant tout des relations de confiance[204]. Avant d'entrer en relation avec son cocontractant, le créancier de l'obligation d'information croit en

---

[196] N. Laurent, B. Delaunay, *Bescherelle : La grammaire pour tous,* Hatier, 2017, §298

[197] N. Laurent, B. Delaunay, *Bescherelle : La grammaire pour tous*, *ibid.*, §299

[198] B. Mercadal, « La réforme du droit des contrats », *op. cit.,* §174

[199] *Supra* §28 et s.

[200] M. Mignot**,** *Droit des sûretés et de la publicité foncière,* 3e éd., LGDJ, 2017, §128

[201] C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, 2e éd., LGDJ, 2022, §48

[202] L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, *op. cit.,* §189 ; A-S. Choné-Grimaldi, in « La réforme du droit des contrats : commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve », Th. Douville (sous-dir.), *Gualino,* 2016, p. 52 ; F. Barbière, P. Bine, O. Diaz**,** « Les acquisitions de sociétés à l'aune de la réforme du droit des contrats », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires,* F. Barbière (dir.), *Lexisnixis,* 2017, p. 153 ; J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §531

[203] O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p. 106

[204] G. Cornu, « La résolution de la vente pour retard de la livraison dans un "contrat de confiance" », *art. cit.* §1 ; J. Vogel, « Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? Une nécessité pour l'économie et les entreprises françaises », *art. cit.* p. 470 ; H. Lécuyer**,** « *La formation du contrat* » in La réforme du droit de contrats, Actes de colloque, 1re Journée Cambacérès, 2015, p. 42

la capacité de son débiteur d'exécuter ses obligations qui sont la finalité de tout contrat. Si tel n'est pas le cas, il n'aurait pas passé de contrat avec lui[205].

Dès lors, une telle approche extensive de la notion de confiance en matière d'obligation d'information risque de causer des difficultés. Une partie peut toujours s'estimer créancier d'une obligation d'information alors que si l'on s'était fondé sur « l'ignorance légitime », elle n'aurait jamais pu prétendre à cette qualité. Si tous les contrats sont des relations de confiance, l'obligation d'information serait réduite à néant. Elle ne pèsera que sur une partie; or telle n'est pas la volonté du législateur actuel.

Toutefois, même si l'on rejette l'idée selon laquelle tous les contrats sont des contrats de confiance, il existe des contrats de confiance qu'on ne peut pas mépriser. Dans le cadre des contrats réputés de confiance, comme le mandat ou le contrat de société, il est tout à fait possible de penser que l'obligation d'informer est toujours due même si l'ignorance du créancier est illégitime. Eu égard à ces problèmes, il faut nécessairement repenser les conditions pesant sur le créancier.

b. Les solutions aux difficultés pesant sur les conditions du créancier

En considérant pleinement les problèmes soulevés dans les conditions pesant sur le créancier, le devoir d'information de l'article 1112-1 du Code civil serait anéanti. Pour éviter ce désastre, il faut trouver un équilibre entre l'ignorance légitime du créancier et la confiance au débiteur. À défaut, il faut circonscrire la confiance au débiteur à certains contrats.

34. Seule l'ignorance légitime du créancier doit être exigée. Les conditions du devoir d'informer pesant sur le créancier doivent passer d'une dualité, c'est-à-dire de l'ignorance légitime ou de la confiance légitime, à une unicité. Pour permettre à l'obligation d'information de jouer pleinement son rôle dans les relations contractuelles, seule l'ignorance légitime doit être considérée comme un cas d'ouverture de l'obligation d'information[206]. L'idée de confiance se retrouve dans l'ignorance légitime. Elle en est sa source. En effet, on peut ignorer une information parce qu'on n'a pas accès à elle, parce qu'on n'a pas les compétences, mais également parce qu'on fait confiance à notre partenaire. D'ailleurs, cette unité des conditions du devoir d'informer pesant sur le créancier était clairement exprimée dans l'article 33 du projet

[205] F. Barbière, P. Bine, O. Diaz**,** « Les acquisitions de sociétés à l'aune de la réforme du droit des contrats », in François Barbière (dir.) *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires, art. cit*, p. 153

[206] L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, *op. cit.,* §189 ; C. Grimaldi, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon… », *art. cit.,* p. 1009

Terré[207]. Cet article disposait que « l'ignorance d'une partie est légitime lorsqu'elle est dans l'impossibilité de s'informer ou lorsqu'elle fait raisonnablement confiance à son cocontractant, du fait notamment de la nature du contrat ou de la qualité des parties ». On voit donc dans le projet Terré que seule la légitimité de l'ignorance pouvait déclencher l'obligation d'information. Or le nouvel article 1112-1 du Code civil pose une alternative entre l'ignorance légitime et la confiance au cocontractant. La rédaction du projet Terré doit être préférée à celle du Code civil. S'il existe une confiance entre les parties, le créancier peut refuser de se renseigner alors même qu'il avait la possibilité de le faire[208].

35. À défaut d'unicité des conditions, la confiance au débiteur ne doit déclencher l'exécution de l'obligation d'information que dans certains contrats. Le problème de la contradiction entre l'ignorance légitime et la confiance au débiteur, comme cas d'ouverture de l'obligation d'information précontractuelle, peut également être résolu en ne réservant l'application de la confiance légitime qu'à certains contrats. Ainsi, dès l'instant que le contrat projeté ne rentre pas dans ces contrats, seule l'ignorance légitime de l'information doit obliger le détenteur d'une information déterminante[209] à la partager avec son cocontractant. Parmi les contrats qui peuvent être considérés comme des contrats de confiance, on peut retenir les contrats de nature fiduciaire[210]. Il s'agit de contrats qui impliquent une confiance particulière entre les parties[211]. C'est le cas du contrat de dépôt, de mandat, de louage, de nantissement, de prêt à usage[212], etc. Pour ne pas laisser la roue libre au juge, le législateur peut citer limitativement certains contrats. On songe notamment aux contrats de mandat et aux contrats sociétaires.

En résumé, pour pouvoir réclamer la qualité de partie dans une obligation d'information, il faut que celui qui est redevable du devoir connaisse l'information et l'influence de celle-ci sur le consentement de l'autre partie sans qu'il soit obligé de la rechercher au préalable. Alors que celui qui revendique la qualité de créancier d'un devoir d'information doit impérativement ignorer légitimement l'information ou faire confiance à son débiteur. Mais ces conditions se

---

[207] J. Ghestin, Gr. Loiseau, Y-M. Serinet, *Formation du contrat : Le contrat – Le consentement,* in Traité de droit civil, *op. cit.*, §1588

[208] *Supra* §32

[209] *Infra* §37 et s.

[210] C. Grimaldi, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon… », *art. cit.*, p. 1009

[211] G. Cornu, *Vocabulaire juridique,* 14e éd, Quadrige, PUF, 2021, p. 459, V° « Fiduciaire »

[212] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *loc. cit.*

contredisent et doivent être réunies. L'obligation d'information étant entourée de conditions, il faut à présent s'interroger sur celles qui gouvernent l'information elle-même.

§2 : Les conditions tenant à l'information

Il n'y a pas obligation d'information lorsque l'information ne remplit pas elle-même certaines conditions. Seules les informations touchant directement le contenu ou la qualité des parties entrent dans le champ d'application des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil (A). Toutefois, comme les conditions pesant sur les parties, il n'est pas aisé de cerner très nettement les informations qui doivent être délivrées au créancier (B).

A. L'exigence d'informations déterminantes pour le consentement

Seules les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu (1) ou la qualité des parties (2) entrent dans le domaine du devoir général d'information précontractuelle. Il faut cependant noter qu'il y a eu beaucoup d'hésitation avant la définition actuelle de l'information déterminante[213]. L'avant-projet Catala estimait qu'il s'agissait des informations qui avaient un lien direct et nécessaire avec la cause et l'objet du contrat[214]. L'avant-projet de la chancellerie renvoyait aux « informations qui ont un lien direct et nécessaire avec la nature des prestations ou la qualité des parties ». Avant d'étudier les catégories d'information déterminante visées par l'article 1112-1 du Code civil, il est important de mettre préalablement l'accent sur certaines notions qui permettront de bien délimiter les informations relevant du contenu ou de la qualité des parties.

36. La notion « d'information déterminante pour le consentement ». L'expression « déterminant pour le consentement » ou « caractère déterminant » peut être considérée actuellement comme un standard juridique en droit des contrats. On la retrouve dans plusieurs dispositions régissant le droit des contrats[215]. Or, un standard juridique est « une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé »[216]. C'est « une notion-cadre » [217] qui

[213] J. Ghestin, G. Loiseau, Y-M. Serinet, *Formation du contrat : Le contrat – Le consentement,* in Traité de droit civil, *op. cit.,* §1780

[214] P. Catala (dir.), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, microsoft word - rapport catala septembre 2005.doc (justice.gouv.fr), p. 71, 10/05/2023, 8 h 33'

[215] On peut ainsi citer les articles 1112-1 ; 1130 ; 1135 ; 1137 ; 1184 ; 1186

[216] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.,* p. 992, V° « Standard »

[217] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *loc. cit.*

peut être appréhendée par le juge en fonction du litige qui lui est soumis[218]. Le législateur délègue ainsi au juge un pouvoir *intra legem*[219]. Comme le note le professeur Mazeaud, « le standard n'est qu'un mot de la loi, une simple empreinte légale qu'il appartient au juge de doter d'une charge normative » [220]. Ainsi, l'application et la signification de l'expression « information déterminante pour le consentement » peuvent varier d'une situation à une autre[221]. Mais, dans le cadre de l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil, le standard juridique, « information déterminante pour le consentement », est clairement délimité par le législateur contrairement aux autres dispositions[222].

37. La notion de lien direct et nécessaire. La compréhension de l'expression « lien direct et nécessaire » passe impérativement par la conjonction de coordination « et ». Grammaticalement, le « et » sert à lier les différentes parties d'un discours ou des propositions ayant une même fonction ou un même rôle[223]. Le « et » exprime également une addition[224]. En l'espèce, on semble plutôt être devant une addition puisque les adjectifs qualificatifs « direct » et « nécessaire » viennent préciser la nature du lien entre l'information et le contenu ou la qualité des parties. L'information doit donc avoir à la fois un lien direct, mais également un lien nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Pour mieux comprendre cette dichotomie, il convient de distinguer dans un premier temps les informations qui ont un lien direct avec le contenu ou la qualité des parties d'une part, et d'autre part les informations qui ont un lien nécessaire avec le contenu du contrat. Les premières concernent toutes les informations qui convergent vers le contenu du contrat ou la qualité des parties[225]. Il s'agit d'éléments qui ne concernent pas *stricto sensu* le contenu ou la qualité des parties, mais des informations qui mènent à eux. Elles se trouvent donc sur le chemin du contenu ou de la qualité des parties. Toutefois, il doit y avoir un rapport de dépendance entre ces éléments et le contenu ou la qualité des parties. Les éléments doivent être la condition d'existence du contenu du

---

[218] N. Blanc, « Le juge et les standards juridiques », *RDC,* 2016, p. 394

[219] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.,* p. 992, V° « Standard »

[220] D. Mazeaud, « Sur les standards », RDA février 2014, n° 9, p. 35

[221] I. Urbain-Parleani, « Le devoir d'information et les cessions de droits sociaux brèves remarques », in *Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats,* J. Heinich et V. Thomas (dir.), *art. cit.* p. 511 ; B. Fages, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *art. cit.*, p. 529

[222] Mais l'article 1130 du Code civil précise pour ce qui est des vices du consentement que le « caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné »

[223] N. Laurent, B. Delaunay, *Bescherelle : La grammaire pour tous,* Hatier, 2017, §298

[224] A. Rey (sous-dir.), Dictionnaire culturel en langue française, Le Robert, 2016, p. 681, V° « Et »

[225] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.,* p. 618, V° « Lien »

contrat ou de la qualité des parties. Les secondes sont des informations qui sont indispensables à l'existence du contenu du contrat ou de la qualité des parties. Ce sont des données qui constituent l'essence même du contenu ou de la qualité des parties. Toutes les données, qui sont exigées pour qu'on puisse parler de contenu du contrat ou de la qualité des parties, sont concernées[226]. Il s'agit donc d'informations qui sont contenues dans le contenu du contrat ou dans la qualité des parties. Contrairement aux informations de « lien direct » qui se situent en dehors du contenu ou de la qualité des parties, les informations de « lien nécessaire » se trouvent dans le contenu ou la qualité des parties. Par exemple, il a été jugé que le « cessionnaire de titres d'une société n'est tenu d'informer le cédant ni des négociations tendant à l'acquisition par un tiers d'autres titres de la même société ni de celles qu'il conduit lui-même avec ce tiers en vue de lui céder les titres objets de la cession. La société Holding des hautes plaines, cessionnaire des actions Capsi conseil de M. V., n'était donc pas, en cette qualité, débitrice à l'égard de ce dernier d'une obligation d'information sur les éventuelles négociations conduites avec D2R Conseil et partant, ne peut, en s'étant abstenue d'en révéler l'existence, avoir commis un dol ou s'être rendue complice de manœuvres dolosives commises par un tiers »[227]. Même si la Cour ne l'affirme pas, l'exclusion des négociations parallèles en l'espèce ne s'explique pas par l'absence de lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat. En effet, le lien direct entre le contrat de cession et celui de la rétrocession ne fait pas défaut. Ce sont les mêmes titres sociaux qui constituent l'objet des deux contrats ; le lien direct existe. De même, le lien nécessaire ne fait pas aussi défaut. Le contrat de rétrocession ne peut pas exister sans le contrat de cession. La rétrocession est donc dépendante de la cession des titres. Dans cette affaire, l'obligation d'information n'a pas été respectée à cause de la qualité du cessionnaire[228]. Maintenant qu'on sait ce que renferment les expressions « informations déterminantes pour le consentement » et « lien direct et nécessaire », il faut s'intéresser aux informations qui peuvent avoir un lien direct et nécessaire avec le contenu et la qualité des parties.

---

[226] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit..,* 684, V° « Nécessaire »

[227] CA Paris, 6 août 2019, n° 17/09608, Rev. Sociétés, 2020, p.227, note K. Deckert ; dans le même sens : Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15.618, Bull. civ. IV, n° 94 ; Rev. sociétés 2005. 140, note L. Godon ; D. 2004. 1599, obs. A. Lienhard ; *ibid*. 2923, obs. E. Lamazerolles ; RTD civ. 2004, p. 500, obs. J. Mestre et B. Fages

[228] *Supra* §17 et s., dans cette affaire, la qualité du cessionnaire n'avait aucun lien direct et nécessaire avec le cédant, c'est un tiers et non un dirigeant de la société dont les titres sont cédés. Au contraire, s'il était dirigeant de la société, il y aurait un lien direct et nécessaire donc il serait obligation de révéler l'existence des négociations parallèles en vue de la rétrocession.

1. Les informations en lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat

La seconde condition principale de l'obligation d'informer est relative à l'information elle-même. Le législateur prévoit que seules les informations déterminantes doivent être délivrées. Il s'agit des informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu ou la qualité des parties. Une telle présomption irréfragable conduit ainsi à s'intéresser aux notions de « contenu du contrat » (a), et de « qualité des parties » (b).

a. La notion de contenu du contrat

En droit des contrats, le terme « contenu » désigne la substance du contrat[229]. Il « englobe notamment ce qui relevait traditionnellement de l'objet et de la cause du contrat, c'est-à-dire l'ensemble des droits et obligations que le contrat fait naître ainsi que l'intérêt du contrat pour les contractants »[230]. Ce sens de la notion de « contenu » est aussi exprimé dans le rapport au président de la République[231]. Il est précisé dans ce rapport que « le contenu du contrat […] inclut ce qui relève en droit français de l'objet et de la cause »[232]. De même, l'article 1110 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats renvoyait aux notions de cause et d'objet pour définir l'information pertinente[233]. Cette approche est aussi largement partagée par la doctrine[234]. Donc, si l'on additionne l'ancienne notion d'objet à l'ancienne notion de cause, on trouve la nouvelle notion de contenu[235].

38. Le contenu du contrat peut renvoyer à l'ancienne notion de cause du contrat. Plusieurs dispositions régissant le contenu du contrat permettent d'affirmer que la cause existe toujours en droit des contrats. Pour s'en convaincre, il suffit de s'intéresser à ses fonctions. La

---

229 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.,* p. 255, V° « Contenu »

230 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *loc. cit.*

231 Dans les projets européens et les principe Unidroit, l'objet est rebaptisé le « contenu » ; Ph. Malinvaud, M. Mekki, J-b. Seube, *Droit des obligations*, 16e éd., LexisNexis, 2022, §268

232 Citer les références du rapport

233 J. Ghestin, Gr. Loiseau, Y-M. Serinet, *Formation du contrat : Le contrat – Le consentement,* in Traité de droit civil, *op. cit.,*§1780

234 F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil : Les obligations,* 10e éd., D. 2009, §264 ; A. Bénabent, *Droit des obligations,* 13e éd., LGDJ 2012, §140 ; J. Ghestin, Gr. Loiseau, Y-M. Serinet, *La formation du contrat : L'objet et la cause – les nullités,* in Traité de droit civil, T2, 4e éd., LGDJ, 2013
, §2 ; Ph. Malinvaud, M. Mekki, J-b. Seube, *Droit des obligations*, *op. cit.,* §268 ; O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p. 104

235 F. Chénedé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats : Consolidations – innovations – perspective,* 2e éd., 2018, §122,42

doctrine avait distingué avant la réforme plusieurs fonctions de la cause. Il y avait ainsi la fonction classique de la cause et la fonction extensive ou abusive[236]. La fonction classique de la cause correspondait à la distinction des deux faces de la cause à savoir la cause de l'obligation et la cause du contrat. La première devait exister alors que la cause du contrat devait être licite[237]. Dans les dispositions régissant le contenu du contrat, ces deux exigences sont maintenues[238]. D'une part, l'exigence de la licéité de l'obligation correspond aujourd'hui à l'exigence de la licéité du but du contrat. Le nouvel article 1162 qui dispose que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public … par son but que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties » est le pendant des anciens articles 1131 et 1133 du Code civil. Il a été ainsi jugé, sur le fondement de ces articles, que la cause d'un contrat de vente de matériel d'occultisme était illicite[239]. D'autre part, l'existence de la cause de l'obligation se traduit aujourd'hui par l'exigence d'une « contrepartie ». Le nouvel article 1169 qui est le pendant de l'ancien article 1131 ne fait que reprendre le principe mis en place par la jurisprudence[240] en le limitant aux contrats à titre onéreux[241]. Ainsi, contrairement à la cause du contrat qui varie d'un contrat à un autre, la cause de l'obligation varie d'une catégorie de contrat à une autre. Ainsi, dans les contrats à titre onéreux, la cause de l'obligation est la contrepartie patrimoniale attendue[242]. Alors que dans les contrats à titre gratuit, la cause de l'obligation n'est rien d'autre que la satisfaction morale recherchée[243]. On retrouve ces deux exigences de la cause de l'obligation dans les nouvelles dispositions régissant le contenu du contrat. Dans les contrats à titre gratuit, la cause de l'obligation consiste en la « satisfaction psychologique » ressentie ou l'« intérêt moral » [244]. L'absence de cette satisfaction peut entraîner la nullité du contrat en vertu des nouvelles dispositions de l'article 1135 du Code civil.

---

[236] F. Chénedé, « La cause est morte… vive la cause » ?, *Contrats, conc. Consom,* n° 5, 2016, dossier, p. 4 ; I. Sérandour, *La cause dans la délégation,* préf., Th. Revêt, Iris, 2014, §11

[237] F. Chénedé, « La cause est morte… vive la cause » ?, *art. cit.,* p. 4

[238] F. Chénedé, « La cause est morte… vive la cause » ?, *loc. cit.*

[239] Cass. 1re civ., 12 juillet 1989, n° 88-11.443 ; Bull. civ. I, n° 293, p. 194 ; JCP 90, II, 21546, note Dagorne-Labbe ; RTD civ. 1990, 469, obs. J. Mestre

[240] Cass. 1re civ., 18 avr. 1953 : JCP 1953, II, 7761 ; Cass. 1re civ., 5 mai 1982 : Bull. civ. 1982, I, n° 164 ; Cass. com., 14 septembre 2010, n° 09-16.084 : JurisData n° 2010-016027 ; JCP E 2010, 1995, note A. Viandier ; D. 2011, p. 57, note F. Marmoz ; Cass. com., 24 juin 2014, n° 12-27.908 : JurisData n° 2014-014277 ; RTD civ. 2014, 884, obs. H. Barbier.

[241] M. Fabre-magnan, Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral, *op. cit.,* §621

[242] F. Chénedé, « La cause est morte… vive la cause » ?, *art. cit.,* p. 4

[243] F. Chénedé, « La cause est morte… vive la cause » ?, *loc. cit.*

[244] F. Chénedé, « La cause est morte… vive la cause » ?, *loc. cit.*

Les fonctions abusives de la cause sont aussi maintenues dans les dispositions régissant le contenu du contrat. Le caractère abusif de cette fonction s'explique par le fait que la cause a été utilisée par la jurisprudence pour régler des situations qui lui sont totalement étrangères. Telle est l'admission de la caducité en cas de disparition d'un des contrats dans les contrats interdépendants. Cette solution est consacrée à l'article 1186, alinéa 2. Il en est de même de la lutte contre les clauses abusives. La cause a été sollicitée dans l'arrêt Chronopost pour anéantir une clause limitative de responsabilité[245]. Cette fonction extensive de l'existence de la cause trouve aujourd'hui sa consécration dans les nouvelles dispositions des articles 1170 et 1171 du Code civil.

En définitive, pour s'apercevoir que la notion de contenu du contrat peut renvoyer à l'ancienne notion de cause, il faut retenir deux choses. Premièrement, les fonctions classiques de la cause, à savoir l'existence et la licéité de la cause, sont toutes consacrées dans le contenu du contrat. Dans un second temps, les fonctions extensives de la cause se retrouvent aussi dans la notion de contenu du contrat. L'extension artificielle de la cause à l'interdépendance contractuelle est désormais régie par l'article 1186 du Code civil alors que l'interdiction des clauses abusives est réglée par les articles 1170 et 1171 du Code civil. Toutefois, il faut relever que la notion de contenu du contrat peut aussi renvoyer à l'ancienne notion d'objet.

39. Le contenu du contrat peut renvoyer à l'ancienne notion d'objet du contrat. L'analyse de certaines dispositions de la réforme du droit des contrats permet de constater que la notion de contenu peut aussi renvoyer à l'ancienne notion d'objet[246]. Pour s'en convaincre, il suffit de s'intéresser aux deux exigences qui encadraient jadis l'objet[247]. Les anciennes dispositions sur l'objet exigeaient que ce dernier existe et qu'il soit licite. Pour ce qui est de la licéité de l'objet, le nouvel article 1162 prévoit que les stipulations contractuelles ne peuvent déroger à l'ordre public. Or, une telle exigence était déjà connue dans l'ancien droit des contrats sous les dispositions de l'article 1128[248].

Quant à l'existence de l'objet, elle est également reprise dans les nouvelles dispositions régissant le contenu du contrat. En vertu de l'article 1163, alinéa 1 du Code civil, l'obligation doit avoir pour objet une prestation présente ou future. Ce qui signifie que l'objet de l'obligation

---

[245] Cass. com., 22 oct. 1996 : JurisData n° 1996-003942; JCP G 1997, II, 22 881, note D. Cohen ; Contrats, conc. consom. 1997, comm. 24, obs. L. Leveneur.

[246] Contrairement à la notion de cause, la notion d'objet est expressément reprise dans plusieurs dispositions de la réforme notamment aux articles 1182, 1304-6, 1306, 1307, 1308, 1335, 1345-2, 1347, 1196, 1202, 1204, 1329, 1331.

[247] M. Fabre-magnan, *Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.,* §605 et s.

[248] M. Fabre-magnan, *Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral*, *ibid.,* §674

doit exister pour que le contrat soit valable. Cette condition était déjà connue des anciens articles 1126 et 1130 du Code civil[249] et de la jurisprudence antérieure[250]. Cependant, les anciens textes ne visaient que la possibilité de conclure des contrats sur des choses futures[251]. Pour les contrats portant sur des choses présentes, même s'ils n'étaient pas expressément prévus, leur validité relevait du bon sens[252]. En outre, l'alinéa 2 du même article 1163 prévoit que la prestation doit être possible. Cette condition ne figurait pas dans l'ancien Code civil. Mais, elle y était sous-entendue[253] en application de l'adage : « à l'impossible, nul n'est tenu » [254]. Il a ainsi été jugé comme impossible, le contrat portant sur l'acquisition par une société étrangère d'actions d'une société française d'assurance, autrefois interdite par le Code des assurances[255]. Enfin, le même alinéa 2 du nouvel article 1163 du Code civil *in fine* dispose que la prestation, objet de l'obligation, doit être déterminée ou déterminable[256]. Cette exigence n'est qu'une reprise des dispositions de l'ancien article 1129 du Code civil régissant l'objet. On constate ainsi que toutes les exigences de l'objet sont reprises dans les dispositions régissant le contenu du contrat, notamment la prestation.

Par conséquent, il est tout à fait possible d'affirmer que la notion de contenu du contrat n'est rien d'autre que l'addition des anciennes notions de cause et d'objet. Toutefois, par souci de conformité à la nouvelle terminologie du Code civil, on emploiera les notions de but et de prestation pour désigner respectivement les anciennes notions de cause et d'objet. Maintenant que la notion de contenu du contrat est cernée, essayons de l'appliquer à l'obligation d'information précontractuelle.

b. L'application de la notion de contenu du contrat à l'obligation d'information

L'analyse approfondie des expressions « information déterminante », « lien direct et nécessaire » et celle de « contenu du contrat » vont permettre d'avoir une idée plus claire de ce qu'est une information déterminante dans le cadre de l'obligation d'information

---

[249] M. Fabre-magnan, *Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.,* §605 et s.

[250] Com. 26 mai 2009, n° 08-12691 ; RTD civ. 2009, 527, obs. B. Fages ; RDC 2009/4, 1241, obs. Y-M. Laithier.

[251] M. Fabre-magnan, *Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit,* § 607

[252] C. Larroumet, S. Bros, *Les obligations : le contrat,* in Traité de droit civil, T. 3, *op. cit.*, §346

[253] Ph. Malinvaud, M. Mekki, J-b. Seube,, *Droit des obligations*, *op. cit.*, §280

[254] M. Fabre-magnan, *Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.,* §609

[255] CA Paris, 25e ch. B, 27 oct. 1989 : JurisData n° 1989-025192 ; Defrénois 1990, art. 34788, n° 6, obs. J. Honorat

[256] M. Fabre-magnan, *Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.,* §611 et s.

précontractuelle. Ainsi, en application de ce qui précède, il est possible de déduire que dans l'obligation d'information précontractuelle, l'information déterminante pour le consentement concerne toutes les informations qui ont un lien direct et nécessaire soit avec le but du contrat soit avec la prestation à fournir.

40. L'information déterminante concerne toutes les informations ayant un lien direct et nécessaire avec le but du contrat. Si une information déterminante est une information qui a un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat et si ce dernier renvoie au but du contrat, l'obligation précontractuelle ne doit donc concerner que les éléments qui ont un lien direct et nécessaire avec le but. Sont ainsi déterminantes pour le consentement les informations se rapportant à l'existence de la contrepartie et celles qui concernent la licéité de celle-ci. Le débiteur de l'obligation d'information doit renseigner au créancier toutes les informations relatives à la contrepartie qu'il fournit. Ces informations concernent l'identification de la chose ou du service à fournir. Ainsi, dans le cadre d'un contrat à titre onéreux, toutes données qui permettent d'apprécier la consistance de la contrepartie par rapport aux prix doivent être délivrées. Dans la vente par exemple, la quantité et la qualité de l'objet de la vente sont déterminantes. Par ailleurs, toutes les informations permettant de mesurer l'équilibre des clauses contractuelles sont à fournir. Ainsi, tous les éléments permettant d'identifier, de mesurer, de déterminer la durée des clauses sont déterminants. De même, l'étendue des clauses et leurs mises en œuvre ont un lien direct et nécessaire avec le but du contrat. De plus, une interprétation extensive du but permet d'affirmer que les motifs qui ont poussé les parties à contracter sont aussi déterminants dans la mesure où ils sont en lien direct et nécessaire avec le but du contrat. Donc, les informations relatives à la description de la contrepartie, les motifs personnels des contractants, la description du contenu des clauses contractuelles ainsi que toutes les données qui permettent d'apprécier l'absence de caractère illusoire ou dérisoire des contreparties ont un lien direct et nécessaire avec le but du contrat. Des informations déterminantes pour le consentement peuvent aussi découler de la prestation à fournir.

41. L'information déterminante concerne toutes les informations ayant un lien direct et nécessaire avec la prestation à fournir. À côté des informations déterminantes découlant du but du contrat, on a les informations déterminantes qui ont un lien direct et nécessaire avec la prestation. Toutes les informations permettant d'apprécier la licéité et l'existence d'une prestation sont déterminantes. Ainsi, les informations relatives aux traits caractéristiques, la dénomination et la composition de la chose ou du service objet du contrat doivent être considérées comme déterminantes. Par ailleurs, toutes les informations relatives aux modalités de paiement, à la valeur des prestations, à la livraison ou encore à l'exécution du contrat sont

déterminantes pour le consentement[257]. De même, si la prestation est fournie dans le futur, l'information sur la nature aléatoire ou commutative et le délai d'exécution du contrat devient déterminante pour le consentement. Si le contrat est assorti de garanties, tous les éléments relatifs à l'étendue de celle-ci et de sa mise en œuvre peuvent être considérés comme des informations ayant un lien direct et nécessaire avec la prestation. Aussi, sont déterminantes pour le consentement des parties toutes les données permettant de déterminer ou de rendre déterminable la prestation. Tel est le cas de certains indices comme le prix, le poids, la quantité ou encore la surface. Les modalités de déterminations de ces indices peuvent aussi être considérées comme des informations qui intéressent le consentement des parties. D'ailleurs, il a été jugé que «les conditions du bail applicables et notamment des modalités de modification du loyer de l'un des deux biens immobiliers vendus étaient donc sensiblement différentes, en particulier parce que la société SOGESHOPS pouvait légitimement croire que le bail commercial portant sur les lots 2 et 27 était en tacite prorogation et était susceptible de faire l'objet d'un nouveau loyer à l'occasion de son renouvellement ; que cette information était donc déterminante de son consentement »[258].

Au regard de ce qui précède, il est possible de retenir que l'information déterminante en lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat concerne toutes les informations qui touchent le but et la prestation. Ce sont donc uniquement ces informations qui rentrent dans le cadre de l'obligation d'information au regard du contenu du contrat. Il faut s'intéresser maintenant aux informations déterminantes en lien direct et nécessaire avec la qualité des parties.

2. Les informations en lien direct et nécessaire avec la qualité des parties

Outre les informations déterminantes relevant du contenu du contrat, il existe des informations déterminantes qui découlent du lien direct et nécessaire avec la qualité des parties. Afin de bien cerner les contours de ces dernières, il est important de mettre d'abord l'accent sur la notion de qualité des parties (a) avant de l'analyser dans le cadre de l'obligation d'information précontractuelle (b).

a. La notion de qualité des parties

[257] J. Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.,* 1994, p. 239

[258] CA Paris, Pôle 05 ch. 03, 8 septembre 2021, n° 19/15206

La notion de qualité des parties n'est pas définie par le législateur. Toutefois, en se référant à la doctrine et à certaines notions proches de l'expression « qualité des parties », il est possible de déduire que cette dernière peut renvoyer soit à l'état des personnes soit à l'aptitude d'une personne à fournir une prestation donnée.

42. La qualité des parties peut renvoyer à l'état des personnes. Le vocabulaire juridique de Gérard Cornu définit d'une part la notion de qualité comme tous « éléments de l'état d'une personne, de la condition civile ou politique. Exemple : mineur ou majeur, célibataire, marié, divorcé, veuf, citoyen français ». D'autre part comme toutes les « caractéristiques d'une personne, englobant non seulement l'ensemble des éléments de son état (y compris le nom), mais aussi ses particularités physiques ou morales (âge, état de santé, honorabilité, etc.), considérations sur lesquelles une erreur de la part d'un futur époux relativement à l'autre peut constituer une erreur sur la personne »[259]. En suivant ces différentes définitions de la notion de « qualité », on peut en déduire que l'information déterminante en lien direct et nécessaire avec la qualité des parties est une information qui porte sur l'état des personnes[260]. Ce dernier renvoie à l'« ensemble des éléments qui concourent à identifier et à individualiser chaque personne dans la société (date et lieu de naissance, filiation, nom, domicile, situation matrimoniale, etc.) [261]. La qualité d'une personne, au regard de l'état des personnes, n'est rien d'autre que l'ensemble des éléments qui permettent de l'individualiser.

Par ailleurs, Jacques Ghestin, en estimant que l'erreur peut porter sur l'identité physique ou civile, sur les qualités physiques, intellectuelles, morales ou juridiques[262], permet d'affirmer que les éléments constitutifs de l'état des personnes constituent des qualités contractuelles pour chacune des parties. L'admission d'une erreur portant sur l'état des personnes permet de déduire que toute information en rapport avec l'état des personnes intéresse le consentement des parties.

Ainsi, le nom, le sexe, le domicile, la situation matrimoniale, la nationalité, la filiation[263] et même l'identité physique de la personne peuvent être considérés comme des qualités de la personne. On peut ainsi dire que l'information sur les qualités de la personne porte sur l'identité physique de la personne, même si cette hypothèse ne semble pas a priori très intéressante.

---

[259] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.,* p. 840, V°. « Qualité »

[260] G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil, op. cit.,* §183 et s.

[261] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.,* p. 419, V° « Etat des personne »

[262] J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel,* préf. J. Boulanger, LGDJ, 2014, § 196

[263] J. Ghestin, Gr. Loiseau, Y-M. Serinet, *Formation du contrat : Le contrat – Le consentement,* in Traité de droit civil, *op. cit.*, §1187 ; J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, *op. cit.*, §196

Cependant, il faut reconnaître qu'en droit des contrats, contrairement en droit de la famille, un accord peut être scellé entre personnes absentes[264]. Ce qui redonne à l'identité physique du cocontractant tout son intérêt[265]. Donc, dans le cadre de l'obligation d'information précontractuelle, la notion de qualité des parties peut renvoyer à l'état des personnes dans son ensemble. Mais elle peut aussi être appréhendée comme l'aptitude d'une personne à fournir une prestation quelconque.

43. La qualité des parties peut renvoyer à l'aptitude d'une partie à fournir une prestation donnée. La qualité d'une partie au contrat est aussi son aptitude à fournir la prestation qu'elle a souscrite. Cette aptitude peut avoir diverses facettes[266]. La qualité des parties relative à l'aptitude financière suppose une très bonne assise financière. L'aptitude financière est relative à la capacité d'une personne à exécuter pécuniairement ses obligations en tenant compte de l'état de son patrimoine[267]. Ainsi, lorsqu'une partie est dans l'impossibilité de faire face financièrement à ses engagements contractuels, elle peut être considérée comme n'ayant pas l'aptitude à fournir la prestation souscrite, donc comme n'ayant pas la qualité requise pour passer le contrat[268]. Ainsi, plus on connaît la situation financière de son cocontractant, plus on a des chances de limiter les risques d'inexécution du contrat[269].

La qualité des parties peut aussi être professionnelle. On dira ainsi qu'une personne a la qualité requise si elle peut, au regard de ses compétences professionnelles, exécuter le contrat qu'elle entend passer. Toutefois, la qualité professionnelle peut avoir trois significations[270]. Elle peut renvoyer d'abord à la qualification professionnelle du cocontractant[271]. Dans cette hypothèse, la qualité professionnelle peut être rattachée à l'ensemble des formations et diplômes du cocontractant permettant de justifier la conclusion d'un contrat[272]. La qualité professionnelle est aussi l'aptitude professionnelle du cocontractant. Celle-ci permet d'évaluer la santé du

---

[264] Art. 1121 C. civ.

[265] Cl. Bernard-Xémard, *Cours de droit des personnes de la famille,* 8e éd., Gualino, 2022, §214 ; Fr. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil : Les personnes*, 8e éd., D., 2012, § 150 et s. ; B. Teyssié, *Droit des personnes*, 22e éd., LexisNexis, 2020, §444 et s. ; B. Beignier, J-R. Binet, *Droit des personnes et de la famille*, 4e éd., LGDJ, 2019, §188 et s. ; A. Batteur, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 10e éd., LGDJ, 2019, §47

[266] S. Godelain, *La capacité dans les contrats*, préf. M. Fabre-Magnan et A. Supiot, LGDJ, 2013, §506

[267] S. Godelain, *La capacité dans les contrats, ibid*, §519

[268] S. Godelain, *La capacité dans les contrats*, *loc.cit.,* §519

[269] S. Godelain, *La capacité dans les contrats*, *ibid*, §507

[270] S. Godelain, *La capacité dans les contrats, ibid*, §561

[271] P. Caillaud, « Qualification professionnelle et valeur juridique du diplôme » *in Réfléchir la compétence. Approche sociologique, juridique, économiques d'une pratique gestionnaire,* éd. Octares, coll. colloques, 2003, p. 115-128

[272] S. Godelain, *La capacité dans les contrats*, *op. cit.*, §561

cocontractant par rapport au contrat que les parties entendent conclure[273]. Enfin, la dernière acception de qualité professionnelle c'est la compétence du cocontractant. Ici, l'accent est mis sur les performances que peut réaliser le cocontractant dans l'exécution du contrat[274].

Par ailleurs, la notion de qualité de la personne peut aussi être recherchée dans le cadre de l'erreur, notamment l'erreur sur les qualités essentielles de la personne. Contrairement à la notion de qualité essentielle de la prestation, l'expression qualité essentielle de la personne n'est pas définie. Toutefois, l'article 1134, en parlant de « contrat en considération de personne », donne la possibilité de déduire que les qualités essentielles de la personne sont en rapport avec les contrats *intuitu personae*. L'information déterminante en rapport avec la qualité des parties serait tous les éléments qui permettent de dire qu'un contrat est *d'intuitu personae.* Tel est le cas des contrats conclus en considération de la personne du cocontractant. C'est le cas du contrat de mandat, de dépôt, de contrat médical. Dans ces types de contrat, les parties concluent le contrat en considération de la confiance placée dans le mandataire, le dépositaire, le médecin[275].

Maintenant que l'on connaît ce que renferme la notion de qualité des parties, il faut essayer de l'appliquer à l'obligation d'information précontractuelle.

b. L'application de la notion de qualité des parties à l'obligation d'information

L'étude de la notion de qualité des parties a permis de comprendre que celle-ci renvoie à l'état des personnes et à l'aptitude d'une partie à fournir une prestation. En combinant cette analyse avec celle de l'expression "lien direct et nécessaire"[276], il est tout à fait possible de conclure que dans le cadre de l'obligation d'information précontractuelle, l'information déterminante en rapport avec la qualité des parties est à la fois les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec l'état des personnes et l'aptitude à fournir une prestation donnée.

44. L'information déterminante concerne toutes les informations ayant un lien direct et nécessaire avec l'état des personnes. En application de l'article 1112-1 du Code civil, toutes les informations qui touchent l'état des personnes doivent être fournies au débiteur. Ainsi, trois catégories d'information doivent être considérées comme déterminantes. Il y a d'abord les informations relevant de la qualité civile, autrement dit tous les éléments permettant d'identifier la personne comme le nom et le domicile. Ainsi, il a été jugé par la Cour d'appel de Saint-Denis

[273] S. Godelain, *La capacité dans les contrats*, *ibid*, , §562
[274] S. Godelain, *La capacité dans les contrats*, *ibid*, §564
[275] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *ibid.,* p. 574, V° « Intutue Personae »
[276] *Supra* §37

de la Réunion, une partie qui utilise le nom « d'agence » a laissé entendre à son cocontractant l'existence d'un nom commercial sous lequel exerce le commerçant alors qu'en réalité, il s'agissait, pour elle, du début d'une activité professionnelle physique non-commerçante. L'intention de la victime était de contracter avec une agence commerciale d'expérience et non avec une personne physique[277]. Ensuite, les informations qui sont en lien direct et nécessaire avec la qualité physique des parties peuvent être considérées comme déterminantes au regard de l'état des personnes. C'est le cas de la santé des parties, de leurs âges, notamment dans le cadre d'un contrat de travail ou d'assurance. Ainsi, il est possible d'exiger du débiteur d'une obligation d'information de renseigner le créancier sur sa santé, mais également sur son âge. Ces deux éléments peuvent permettre au débiteur d'apprécier l'opportunité de conclure le contrat qu'il négocie. Par exemple, si le débiteur renseigne au créancier son incapacité, ce dernier saura que, s'il conclut le contrat, il pourrait être annulé pour défaut de capacité. Enfin, l'information déterminante en rapport avec l'état des personnes c'est aussi la qualité morale des parties. Celle-ci peut renvoyer à la vulnérabilité psychologique des parties[278]. Ainsi, tous les éléments se rapportant à la vulnérabilité psychologique doivent entrer dans le champ de l'obligation d'information. Une personne qui connaît psychologiquement sa vulnérabilité doit notifier cet élément à son partenaire contractuel.

Mais, l'information déterminante en rapport avec la qualité des parties, ce n'est pas que les éléments relevant de l'état des personnes, c'est aussi toutes les informations qui permettent de déterminer l'aptitude d'une partie à fournir sa prestation.

45. L'information déterminante concerne toutes les informations ayant un lien direct et nécessaire avec l'aptitude à fournir une prestation donnée. Les informations relatives à l'aptitude à fournir la prestation dont une partie s'est engagée peuvent se décliner en trois catégories. D'abord, on a les informations relatives à la qualité financière. Ainsi, doivent être portées à la connaissance du créancier les informations liées à la solvabilité du débiteur. Le débiteur doit justifier qu'il est en mesure de couvrir financièrement l'exécution du contrat. Pour ce faire, il doit rapporter l'actif et le passif de son patrimoine. Cette qualité financière peut être considérée comme essentielle. Ce qui veut dire qu'en son absence, le contrat peut être annulé sur le fondement de l'erreur[279]. Il a été jugé que la caution qui ignorait l'insolvabilité du débiteur

[277] CA Saint-dénis de la réunion, 6 octobre 1989, JCP 1990, II, 21 504, note E. Putman ; RTD civ., 1990. 647, obs. J. Mestre ; CA Aix-en-Provence, 8 juin 1979, Bull. Aix 1979, no 3, p. 16, où l'erreur portait sur l'identité d'une société, le contractant ayant cru à tort conclure un contrat avec une société alors qu'il avait conclu avec son homonyme

[278] S. Godelain, *La capacité dans les contrats*, *op. cit.*, §78

[279] J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §537

principal peut demander la nullité du contrat de cautionnement sur le fondement de l'erreur sur la capacité financière du débiteur[280]. Ensuite, la qualité professionnelle des parties peut être considérée comme déterminante du consentement. Ainsi, doivent être portées à la connaissance du créancier, les informations relatives à l'activité professionnelle du débiteur, ses diplômes et formations, sa santé professionnelle, etc. D'ailleurs, en droit du travail, avant la conclusion du contrat, le candidat à l'emploi est généralement tenu de renseigner de telles informations à l'employeur[281]. Enfin, sont déterminantes en vertu de la qualité des parties, toutes les informations permettant de dire que le contrat est *intuitu personae.* Ainsi, la confiance qu'une des parties a pour l'autre, la considération d'une partie dans la conclusion du contrat, la personnalité du cocontractant, son honorabilité et ses compétences relèvent de l'information déterminante.

En définitive, l'information déterminante dans le cadre de l'obligation d'information est l'ensemble des informations se rapportant au but et à la prestation du contrat, mais aussi à toutes les informations qui touchent à l'état des personnes et à l'aptitude des parties de pouvoir exécuter le contrat. Mais, une telle approche de l'information n'est pas à l'abri de toute difficulté.

B. Les difficultés liées à la notion d'information déterminante

En posant de façon irréfragable que l'information déterminante concerne les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties, le législateur de la réforme du droit des contrats ne cerne pas de façon précise cette expression. Les notions empruntées pour définir l'information déterminante sont floues et regorgent d'énormes difficultés (1). Ainsi, la meilleure manière de saisir l'expression « information déterminante pour le consentement », c'est de la repenser en proposant des contours plus nets (2).

1. L'exposé des difficultés liées à la notion d'information déterminante

La notion d'information déterminante est définie par rapport aux informations en lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. L'absence de définition des notions de contenu du contrat et de la qualité des parties a conduit à penser que celles-ci

[280] Cass. 1re civ., 1er mars 1972 jurisdata n° 1972-000070 ; D. 1973, 733, Ph. Malaurie

[281] Article L1221-6 et s. C. trav.

renvoyaient respectivement au but et à la prestation du contrat, mais aussi à l'état des personnes et à l'aptitude d'une partie à fournir une prestation[282]. Toutefois, cette analyse n'est pas absolue. Une autre approche permet de déceler l'existence d'ambiguïté (a), mais également de fausseté dans ces différentes notions (b).

a. L'ambiguïté de la notion d'information déterminante

La notion de contenu du contrat empruntée pour définir les limites de l'information déterminante est l'une des expressions les plus floues de la réforme du droit des contrats[283]. Le contenu du contrat ne renvoie pas toujours au but et à la prestation ; elle est plus vaste que cela[284]. Le même constat peut être fait avec l'expression « qualité des parties ». La logique voudrait qu'elle renvoie à l'état des personnes et à l'aptitude des parties à exécuter leurs engagements. Mais, une analyse approfondie de la notion permet de constater qu'elle n'évoque pas toujours que ces deux éléments.

46. La notion d'information déterminante, ce n'est pas que le but du contrat et la prestation à fournir. Même si l'on sait de manière approximative ce que le législateur veut dire par « information déterminante », il reste quand même des zones d'ombre sur cette expression. Le législateur invite à aller chercher l'information déterminante soit dans le contenu du contrat soit dans la qualité des parties. Toutefois, comme le précisent très justement certains auteurs, le contenu du contrat est vaste et ambigu[285], indéterminable, mystérieux[286], et inexploité[287]. De manière générale, il renvoie à la teneur des droits et des obligations des parties ainsi que tout ce qui s'y rattache[288]. Si l'on veut savoir ce qu'est le contenu du contrat, il faut donc y voir tous les effets du contrat[289], obligationnels et non obligationnels[290]. Il renvoie à tout

[282] *Supra* §38 et s.
[283] H. Lécuyer, « *La formation du contrat* » in La réforme du droit de contrats, Actes de colloque, 1re Journée Cambacérès, 2015, p. 43 ; N. Ferrier, « *La détermination par le juge du contenu du contrat* », » in La réforme du droit de contrats, Actes de colloque, 1re Journée Cambacérès, 2015, p. 109 ; J. M. Mousseron, P. Mousseron, J. Raynard, J-B. Seube, *Technique contractuelle, op. cit.,* § 546
[284] V. Nicolas, *Droit des obligations : Le contrat*, Ellipse, 2017, §196
[285] C. Larroumet, S. Bros, *Les obligations : le contrat,* in Traité de droit civil, T. 3, *op. cit.*, §342
[286] O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p. 104
[287] M. Fabre-Magnan, « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC*, 2015, n° 03, p. 639
[288] C. Larroumet, S. Bros, *Les obligations : le contrat,* in Traité de droit civil, T. 3, *op. cit.*, §342
[289] O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p. 104
[290] P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat » : *RTD civ.,* 1999, p. 785

ce qui ne rentre pas dans le consentement et la capacité, ce qui est bien plus large que les anciennes notions d'objet et cause. L'obligation d'information précontractuelle de l'article 1112-1 du Code civil doit ainsi porter sur la teneur des droits et des obligations des parties, les effets du contrat, mais aussi tout ce qui ne rentre pas dans le consentement et la capacité des parties. Alors que, renseigner de tels éléments, c'est inclure des informations qui n'intéressent pas le consentement, comme les mobiles qui sont exclus de l'obligation d'information ou encore la valeur des prestations[291]. On constate ainsi que la notion de contenu du contrat est flottante ; elle varie d'une situation à une autre[292]. Cette élasticité de la notion s'est récemment illustrée dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris dans lequel les juges du fond ont estimé qu'une information était déterminante aux motifs que sa « connaissance était de nature à dissuader de contracter » le créancier[293]. Fonder ainsi le périmètre de l'obligation d'information sur une notion aussi instable que le contenu du contrat ne permet pas de savoir très exactement ce qui rentre et ce qui ne rentre pas dans l'obligation d'information. Imposer à un cocontractant de délivrer des informations dont on ne peut pas estimer avec exactitude le champ d'application revient à délivrer des informations de manière tout à fait aléatoire[294].

47. La notion d'information déterminante, ce n'est pas tout l'état des personnes. L'information déterminante en lien direct et nécessaire avec la qualité des parties, c'est plus que les éléments en rapport avec l'état des personnes et l'aptitude contractuelle des parties. En effet, une analyse approfondie de la notion permet d'y inclure des éléments qui n'intéressent pas forcément le consentement des parties. L'information en rapport avec la qualité des parties peut obliger les parties à renseigner des éléments de la personnalité qui ne peuvent exercer aucune influence sur le consentement. Il en est ainsi du sexe des parties, de leur filiation, de leur domicile, de leur régime matrimonial, etc. On ne passe pas un contrat juste parce qu'on nous a renseignés sur un de ces éléments. Il peut certes être intéressant de connaître par exemple le domicile du cocontractant, mais celui-ci ne détermine pas toujours le consentement. En revanche, dans le passé, la situation matrimoniale a pu être considérée comme déterminante, notamment avec l'annulation d'un contrat de bail, car le bailleur pensait que les locataires

[291] M. Latina, « Les techniques de prise en compte des motifs dans les contrats dans les projets de droit européenne du contrat », *RDC,* 2013, p. 1613 ; B. Mercadal, « La réforme du droit des contrats », *ibid,* §176

[292] J. Sénéchal, « Le contenu du contrat », in *Le droit commun européen de la vente. Examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011, Société de la législation comparée*, O Deshayes (sous-dir.), coll. « Trans Europe exprerts », p. 133 et s. ; O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p. 105

[293] CA Paris, Pôle 5, ch. 3, 29 mars 2023, n° 20/06330

[294] P. Puig, « La phase précontractuelle », *art. cit.* p. 3

étaient mariés alors qu'ils étaient concubins[295]. Mais, l'évolution des mœurs permet aujourd'hui de déduire l'exclusion d'un tel élément du champ de l'information déterminante. En définitive, l'ambiguïté de la notion de contenu sera inévitablement source de contentieux d'autant plus qu'elle est aussi fausse.

b. La fausseté de la notion d'information déterminante

Les contours de la notion d'information déterminante définis par le législateur ne permettent pas d'appréhender très justement les informations intéressant le consentement des parties. En effet, dire que ce ne sont que les informations déterminantes qui intéressent le consentement n'est pas toujours vrai. Une information peut ne pas être déterminante alors qu'elle intéresse le consentement. De même, la présomption irréfragable du domaine de l'information déterminante ne renvoie pas toujours à des éléments intéressants le consentement des parties.

48. Des informations non déterminantes pour le consentement peuvent intéresser les parties. Pour comprendre que des informations non déterminantes puissent intéresser les négociations, il faut s'intéresser à la notion de « déterminant » en droit des contrats. L'expression caractère « déterminant » figurant à la fois dans l'obligation d'information et dans la dissimulation intentionnelle n'évoque pas la même chose. Si celle de l'obligation d'information appelle à une appréciation objective, celle de la réticence dolosive doit être appréciée subjectivement. Ainsi, dans l'obligation d'information, une information déterminante est une information qui intéresse par nature le consentement des parties. Peu importent les parties, l'information ne peut être que déterminante. Alors que, dans la réticence dolosive, le caractère déterminant varie en fonction des parties et des circonstances en cause, dit l'article 1130 du Code civil. De ce fait, une information peut être considérée comme déterminante dans le cadre d'une obligation d'information alors que dans la réticence dolosive, elle ne l'est pas. Tel est le cas de l'information sur la procédure collective subie par l'une des parties[296]. Ainsi, dans les vices du consentement, une information déterminante est une information sans laquelle le créancier ne contracterait pas ou contracterait, mais à des conditions substantiellement

[295] CA. Angers, 4 mai 1921 : DP, 2, 25 ; voir aussi CA Amiens, 1re ch., sect. 2, 12 avr. 2007, n° 05/00760, annulant un bail commercial pour erreur sur la personne du locataire, le bail ayant été consenti à un prête-nom ; pour une erreur sur la situation matrimoniale voir Cass. soc., 29 mai 1954, Bull. civ. IV, n° 354 : annulation d'un bail à ferme conclu dans la croyance erronée que les preneurs étaient mariés alors qu'ils vivaient en concubinage

[296] Cass. com., 24 septembre 2003, nº 00-21.863, RTD civ. 2004, p. 86, note J. Mestre, B. Fages

différentes[297]. La sanction du manquement de l'information déterminante, c'est la nullité du contrat et/ou des dommages et intérêts. Or, il y a des informations non déterminantes pour le consentement dont l'absence peut causer un préjudice. Celles-ci, sans être déterminantes pour le consentement, sont déterminantes pour les négociations[298]. Autrement dit, elles peuvent influencer l'attitude des parties dans leurs choix contractuels. À la différence des informations déterminantes pour le consentement, on peut qualifier celles-ci d'informations incidentes pour le consentement[299]. Il a ainsi été jugé comme n'étant pas déterminantes,[300] des informations qui portaient sur les faiblesses du cocontractant,[301] mais aussi celles relatives aux atouts des concurrents[302]. Mais avec l'obligation d'information précontractuelle, ces éléments non déterminants pour le consentement deviennent déterminants pour les négociations. Elles sont donc des informations incidentes.

49. La présomption irréfragable du domaine de l'information déterminante ne renvoie pas toujours à des informations intéressant le consentement des parties. Le législateur pose une présomption irréfragable de ce qu'il faut entendre par information déterminante. La formule utilisée n'accorde aucune concession aux parties. Elles ne peuvent pas définir librement les informations qui les intéressent[303]. Or, ce n'est pas toujours qu'une information qui a un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties peut être déterminante. Il existe des informations qui sont en rapport direct et nécessaire avec le contenu du contrat sans qu'elles soient déterminantes et par conséquent qui peuvent influencer le consentement des parties. Tel est le cas des mobiles contractuels[304].

L'expression qualité des parties renvoie à l'état des personnes[305], notamment aux effets de la personnalité juridique, à savoir le nom, le sexe, le domicile, la situation matrimoniale, etc. Il n'est pas contesté que ces éléments peuvent constituer des informations déterminantes de temps

---

[297] Article 1130, alinéa 1er du Code civil

[298] M. Fabre-magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *art. cit.*, p. 706 ; J. Heinich, « L'erreur », in *Le Lamy Droit des contrats, Wolters Kluwer,* 2022, §622

[299] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *op. cit.*, §380

[300] J. Mestre, B. Fages, note sous Cass. com., 24 septembre 2003, n° 00-21.863 ; Cass. com., 19 novembre 2003, n° 01-01.859, « Doit-on, lors de la formation d'un contrat, révéler à l'autre ses propres faiblesses ? », *RTD civ.,* 2004, p. 86

[301] Cass. com., 24 septembre 2003, n° 00-21863, RTD civ. 2004,86, obs. J. Mestre et B. Fages

[302] Cass. com. 12 novembre 1992, n° 91-12600, D. 1 993 237, obs. O. Tournafond, RTD civ. 1993, p. 116, obs J. Mestre

[303] B. Mercadal, « La réforme du droit des contrats », *ibid.,* §175

[304] *Supra* §46 et s.

[305] *Supra* §42

à autre, mais pas dans tous les contrats. Donc, dire que toutes les informations qui se rattachent à la qualité des parties sont déterminantes est faux.

Pour savoir si une information est déterminante, il faut voir si elle peut influencer l'attitude contractuelle des parties pendant les négociations. L'information déterminante doit ainsi être délimitée subjectivement. À la place de la présomption irréfragable, il doit y avoir une présomption simple[306].

En résumé, l'approche législative de la notion d'information déterminante contient beaucoup de difficultés, notamment par rapport à l'ambiguïté et à la fausseté des notions empruntées. Sur ce, il convient de voir comment résoudre ces problèmes.

2. Les solutions aux difficultés liées à la notion d'information déterminante

En disant que l'information déterminante est toute information qui a un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties, le législateur ne permet pas d'appréhender très exactement le domaine d'application de l'article 1112-1 du Code civil. Au sujet de cette difficulté, plusieurs auteurs ont essayé de cerner la notion d'information déterminante. Au regard de la carence des solutions proposées par la doctrine (a), il faut mettre en place une nouvelle approche du champ d'application de l'article 1112-1 du Code civil (b).

a. Les solutions proposées par la doctrine

Pour faire face aux difficultés liées à la notion d'informations déterminantes, plusieurs auteurs ont fait des propositions afin de savoir ce qu'il faut renseigner dans le cadre de l'obligation d'information[307].

50. Les parties doivent pouvoir définir, à travers une clause, leurs informations déterminantes. Un certain nombre d'auteurs estiment qu'afin de pallier l'incertitude qui entoure la notion d'information déterminante, les parties doivent pouvoir définir ce qui est

[306] I. Urbain-Parleani, « Le devoir d'information et les cessions de droits sociaux brèves remarques », in *Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats,* J. Heinich et V. Thomas (dir.), *art. cit.,* p. 511 ; B. Fages, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *art. cit.*, p. 529 ; C. Grimaldi, S. Méresse, O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise,* LexisNexis, 2017, §106 ; B. Mercadal, « La réforme du droit des contrats », *ibid.,* §175

[307] Certains auteurs comme Bertrand Fages propose juste une interprétation mesurée de l'article 1112-1, Voir. B. Fages, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *art. cit.*, p. 529

déterminant pour elles à travers une clause[308]. Les contours de l'information déterminante seront ainsi librement définis par les parties sans qu'on soit obligé de renseigner toutes les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Une telle démarche aura le mérite d'écarter toutes les données qui n'intéressent pas le consentement des parties, même si dans l'entendement général elles sont déterminantes. Les parties ne seront tenues de renseigner que ce qui est contenu dans la clause définissant l'information déterminante. Elles éviteront ainsi de délivrer des informations inutiles, mais aussi elles gagneront un temps non négligeable dans l'exécution de leur obligation d'information. À travers la limitation de l'obligation d'information aux informations utiles, le créancier ne sera plus tenu d'étudier un nombre important d'informations pour savoir s'il doit s'engager. Il trouvera son intérêt de contracter après l'étude de quelques données. Quant au débiteur, le bornage contractuel de l'obligation d'information peut lui permettre de réaliser des économies[309]. Il peut arriver que la recherche de l'information représente un coût énorme[310] avec le recours à un expert. Mais avec la restriction, le débiteur pourra se contenter de délivrer uniquement les informations qui sont utiles pour le créancier.

Toutefois, cette solution risque de ne pas pouvoir prospérer à cause de deux difficultés. D'une part, l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil a un caractère d'ordre public. Les parties ne peuvent ni la limiter ni l'exclure[311]. Ce qui empêche ainsi toute définition contractuelle de l'information déterminante. D'autre part, toutes les personnes susceptibles de conclure un contrat ne sont pas des averties ; elles ne savent pas exactement ce qui pourrait influencer ou non leur consentement. Elles ne maîtrisent pas forcément le terrain contractuel dans lequel elles entendent s'engager. L'information de ces personnes ne peut se reposer sur la liberté contractuelle. Au contraire, elles ne peuvent que compter sur leurs cocontractants. C'est pourquoi d'autres solutions doctrinales sont prévues.

51. La notion d'information déterminante doit être remplacée par celle d'information pertinente. Selon Mme Fabre-Magnan, le législateur aurait dû employer l'expression « informations pertinentes »[312] à la place d'information déterminante. Au soutien de sa position,

---

[308] M. Mekki, « La réforme du droit des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *art. cit.* p.7 ; J-J. Ansault, D. Swinburne, « Réforme du droit des contrats. Premières réflexions sur les évolutions des opérations de fusion -acquisition », *JCP E*, n° 21, 2016, p. 1307

[309] M. Mekki, « La réforme du droit des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *art. cit.* p.7

[310] O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p. 104

[311] Art. 1112-1 al. 5 C. civ.

[312] M. Fabre-magnan, *Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit,* § 370

Mme Fabre-Magnan estime que le législateur, en définissant l'information déterminante comme des informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu ou la qualité des parties, ne fait que rappeler ce qu'est une « information pertinente »[313]. Selon Mme Fabre-Magnan « l'élément matériel de l'obligation d'information dans les contrats est, non pas un fait majeur, mais ce que l'on peut appeler un « fait pertinent » c'est-à-dire un fait qui se rapporte à l'objet des obligations nées du contrat et utile pour le cocontractant et sa révélation ne doit pas être illicite »[314]. Mme Fabre-Magnan suggère ainsi une expression différente de celle empruntée par le législateur, « l'information pertinente ». Il faut quand même relever que l'auteur précise que la « portée de l'obligation d'information doit s'apprécier à la lumière du contenu concret du contrat » [315]. Mais, une telle précision nous ramène à la position actuelle du législateur, « le contenu du contrat », ce qui ne résout pas les problèmes relatifs au champ d'application de l'obligation d'information précontractuelle de l'article 1112-1 du Code civil. C'est pourquoi il faut songer à d'autres solutions.

b. Les autres solutions possibles

Les contours de la notion d'information déterminante ne semblent pas pouvoir être délimités contractuellement par les parties. Aussi, le simple remplacement de l'expression « information déterminante » par celle « d'information pertinente » ne résout pas le problème. Ainsi, afin de cerner avec plus de précision le champ d'application de l'information déterminante, il faut procéder à deux corrections.

52. La redéfinition de la notion d'information déterminante. On estime qu'il faut remplacer les notions de contenu et de qualité des parties par leurs substances exactes. En effet, pour ce qui est du contenu, il faut juste renvoyer au but et à la prestation. Alors que, pour ce qui est de la qualité des parties, il faut entendre les éléments essentiels de l'état des personnes qui peuvent intéresser le contrat en cause et l'aptitude contractuelle des parties. Ainsi, l'information déterminante serait toute information qui a un lien direct et nécessaire avec le but et la prestation des parties ou à tous les éléments essentiels de l'état des personnes pouvant intéresser le contrat et l'aptitude contractuelle des parties. Avec cette approche, on sait ce que renferme très

[313] M. Fabre-magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *art. cit.*, p. 706 ; J. Mestre, note sous Cass.1re civ., 14 mai1991, n° 87-16.004, « L'obligation de renseignement, aurait-elle une source contractuelle, doit exclusivement porter sur un fait pertinent », *RTD civ*, 1992, p. 84

[314] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *op. cit.,* §170

[315] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *ibid.* §173

exactement la notion d'information déterminante. Elle ne renverrait qu'à ces quatre éléments qui sont bien connus en droit des contrats.

53. La suppression de la présomption irréfragable. Pour plus de précision sur la notion d'information déterminante, il sera recommandé de remplacer la présomption irréfragable du domaine de l'information déterminante par une présomption simple. Ainsi, au lieu de dire dans les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil « ont une importance déterminante », on dira, « peuvent avoir une importance déterminante ». La suppression de la présomption irréfragable permettra d'apprécier les informations déterminantes en fonction du contrat que les parties entendent conclure. Ainsi dans le même type de contrat, une information peut être considérée comme déterminante dans un contrat A alors qu'elle ne l'est pas dans le contrat B. Ce qui est tout à fait recevable, car les éléments déterminants peuvent varier d'un contrat à un autre et d'une partie à une autre.

Donc, en application de ce qui précède, la notion d'information déterminante sera ainsi définie : « Les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le but et la prestation ou avec les éléments essentiels de l'état des personnes intéressant le contrat et l'aptitude contractuelle des parties peuvent avoir une importance déterminante ».

En définitive, il faut noter que l'obligation d'informer son cocontractant dépend de plusieurs conditions, notamment de la situation des parties, mais aussi de la nature de l'information à délivrer. Si ces conditions ne sont pas remplies, l'obligation d'informer cède sa place à l'obligation de s'informer.

Section 2 : L'obligation de s'informer

En ne visant que le devoir d'informer, l'obligation d'information consacrée par la réforme est déséquilibrée en ce qu'elle ne reconnaît pas l'obligation de se renseigner[316]. Or, l'obligation de se renseigner ne date pas d'aujourd'hui ; elle était déjà évoquée par Portalis dans son discours préliminaire sur le projet de Code civil[317]. L'obligation de se renseigner est le contre-pouvoir de l'obligation d'information[318]. Elle évite à une partie qui peut facilement se procurer

[316] J-F. Hamelin, « Les devoirs de se renseigner et d'information », *in Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : analyse et propositions*, sous la dir. de M. Latina et G. Chatepie, *D*, 2015, p. 25

[317] Portalis, Discours préliminaire sur le projet de code civil, Joubert, 1844, p. 53-54

[318] A. Almasan, « *Les pourparlers en droit civil roumain »,* in Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain, M. Behar-Touchais (sous-dir.), Iris, 2016, p. 11

l'information d'attendre d'être renseignée par l'autre partie. Les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, en exigeant une ignorance légitime ou une confiance au débiteur, consacrent implicitement une obligation de se renseigner[319]. Mais, une reconnaissance implicite conduit à favoriser l'obligation d'informer par rapport à l'obligation de se renseigner. Or les deux exigences précontractuelles doivent se valoir. Une telle distinction peut influencer le juge à privilégier l'obligation d'informer par rapport à l'obligation de s'informer[320].

Contrairement au devoir d'informer, le devoir de s'informer oblige celui qui se prétend créancier d'une obligation d'information d'aller à la quête de celle-ci. Pour qu'on puisse obliger une partie de se renseigner, il faut qu'elle soit dans certaines situations (§1) ou que l'obligation d'information porte sur certains faits (§2).

§1 : Les conditions tenant aux parties

L'obligation de se renseigner dépendant de la situation des parties ne se déclenche pas de la même manière s'il s'agit du débiteur ou du créancier. Il y a des conditions propres à l'obligation de renseigner découlant de la situation du créancier (A) de la même manière qu'il en existe pour le débiteur (B).

A. Les conditions pesant sur le créancier

L'obligation de se renseigner est déclenchée par l'attitude du créancier. S'il ne peut pas ignorer l'information, le débiteur est totalement exonéré de son obligation d'information. Il appartient ainsi au créancier de se renseigner (1). De même, si le créancier ne fait pas confiance au débiteur, il ne peut attendre de se faire renseigner, il doit lui-même partir à la recherche des informations qui l'intéressent (2).

1. Le défaut d'ignorance légitime du créancier

[319] Fr. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, *Le nouveau droit des contrats : guide bilingue à l'usage des praticiens*, LGDJ, 2019, § 307

[320] J-F. Hamelin, « Les devoirs de se renseigner et d'information », *in Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : analyse et propositions*, sous la dir. de M. Latina et G. Chatepie, *art. cit.,* p. 25

Quand on parle d'ignorance, on fait directement référence à une connaissance manquée. Il s'agit de ne pas connaître quelque chose qu'on ne pouvait pas savoir ou qu'on pouvait savoir, mais dont on n'a pas pris connaissance. L'ignorance doit ainsi s'apprécier en fonction de l'information en cause. Mais, l'ignorance n'est pas toujours légitime ; elle peut être reprochée à son auteur. Tel est le cas notamment lorsque l'information ignorée était accessible (a) et si le créancier ne pouvait pas ignorer l'information (b). Dans ces deux situations, le créancier de l'obligation d'information doit se renseigner.

a. L'accessibilité de l'information au créancier

L'ignorance devient illégitime lorsque celui qui réclame la qualité de créancier avait l'obligation de connaître l'information. Tel est le cas si l'une des parties connaît l'importance d'une information pour elle et qu'elle peut se renseigner[321]. Cette possibilité de se procurer l'information s'analyse en fonction de la notoriété de l'information, mais également par rapport à son coût.

54. Il y a obligation de se renseigner si l'information est de notoriété publique. L'obligation d'informer cède sa place à l'obligation de s'informer si l'information est de notoriété publique[322]. Il s'agit de toutes les informations qui sont publiques et connues par un nombre important de personnes[323]. Le caractère public de l'information doit s'apprécier *in concreto*[324]. La haute juridiction avait jugé que lorsque l'information réclamée est « de notoriété publique », le créancier à l'obligation de prendre connaissance du fait[325]. Le créancier ne peut prétendre ainsi à une information que si celle-ci lui est inaccessible. À défaut, son ignorance

---

321 M. Fabre-magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *art. cit.*, p. 706 ; M. Fabre-magnan, *Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit,* § 372

322 J. Mestre, B. Fages, note sous Cass. 3e civ., 21 novembre 2001, n° 99-10.557 ; Cass. 1re civ., , 4 décembre 2001, n° 99-12.497 ; Cass. 1re civ., 18 décembre 2001, n° 98-21.259 ; Cass. com., 19 février 2002, n° 99-13.100 ; Cass. 3e civ., 6 mars 2002, n° 99-20.637 ; Cass. 1re civ., 25 juin 2002, n° 99-15.915 ; Cass. 1re civ., 2 juillet 2002, n° 99-14.765, *RTD civ.,* 2003, p. 81 J. Mestre, B. Fage ; B. Fages, *Droit des obligations, op. cit.*, §99 ; M. Fabre-magnan, *Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral*, *ibid,* §372 ; J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §531 ;

323 St. Piédelièvre, *Droit de la consommation*, *op. cit.,* §59 ; Cass. 2e civ., 20 novembre 2003, Bull. civ., II, n° 355, JCP, 2004 II, 10 004, note, Daille-Duclos

324 M. Mekki, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *art. cit.*, p. 15

325 Cass. Com. 17 juillet 2001, n° 97-17.259 ; dans le même sens Cass. 3e civ. 6 mars 2002, n° 99-20637, *RTD civ*. 2003, 81 J. Mestre, B. Fages ; Cass 1er civ. 28 mars 2000, n° 97-18737, bull. civ, *RTD civ*. 2000, 565 J. Mestre, B. Fages

devient illégitime[326]. C'est le cas de l'acheteur d'une supérette qui reprochait à son vendeur de ne l'avoir pas informé de l'existence d'un commerce semblable à proximité alors que celui-ci avait fait l'objet d'une large publicité[327]. La Cour de cassation a également considéré que les risques liés au tabac constituaient une information notoirement connue, que l'utilisateur ne peut pas ignorer[328]. L'information peut aussi être considérée comme accessible si elle ne peut échapper à un acheteur normalement vigilant[329]. En effet, la Cour de cassation avait rappelé à un couple leur manque de vigilance pour avoir acquis un bien immobilier qui se situe à proximité d'une carrière sur laquelle étaient réalisés des tirs de mines. La Cour de cassation a aussi rappelé sa position dans le cadre d'une cession d'action[330]. Les minoritaires, cessionnaires, estimaient que les dirigeants sociaux avaient manqué à leur devoir de loyauté en ne les informant pas de l'existence de négociation en vue d'une cession globale de la société lorsqu'ils leur cédaient leurs titres. La Cour d'appel de Nancy avait fait droit à leur demande de dommages et intérêt, mais la Cour de cassation, sous le visa de l'ancien article 1328 de l'ancien Code civil, cassa l'arrêt d'appel en reprochant aux juges du fond de ne pas avoir « constaté qu'à l'époque de la cession des titres des actionnaires minoritaires […] détenaient des informations, qu'ils pouvaient seuls connaître ». Plus récemment, des juges du fond ont estimé que « si le vendeur est tenu d'une obligation d'information à l'égard de l'acquéreur d'un véhicule, que ce soit sur le fondement de l'article 1112-1 du Code civil ou sur le fondement de l'article L. 111-1 du Code de la consommation, cette obligation ne dispense pas l'acquéreur, même profane, de contracter avec discernement notamment si les informations sont aisément accessibles. Le manquement à une obligation d'information au sens de l'article 1112-1 du Code civil implique, au demeurant, que l'information soit légitimement ignorée d'une partie »[331]. Dans le même sens, la Cour d'appel d'Amiens a jugé que « la vente étant intervenue entre des particuliers, les acquéreurs, créanciers de l'obligation d'information, avaient de leur côté l'obligation de se renseigner, dans la limite de leurs moyens d'accès à l'information. Il a été indiqué dans la partie précédente que M. et Mme [F] (Créanciers) n'ont pu légitimement ignorer les désordres des fenêtres. Le manquement des vendeurs à leur obligation précontractuelle d'information et de

[326] M. Fabre-magnan, *Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral*, *ibid,* §372

[327] Cass. com. 17 juillet 2001, n° 97-17259

[328] Cass. 2e civ., 20 novembre 2003, no01-17.977, Bull. civ. II, no 355, D. 2004, p. 653, note A. Bugada, D. 2004, p. 1346, obs. D. Mazeaud, RTD civ. 2004, p. 103, obs. P. Jourdain, JCP G 2004, I, no39, obs. G. Viney

[329] Cass. 2e civ., 9 octobre 2012, n° 11-23869

[330] Cass. com., 12 avril 2016, n° 14-19.200 ; dans le même sens Cass. Com., 30 mars 2016, n° 14-23.866

[331] CA Douai, 1re ch., 1re sect., 12 janvier 2023, n° 21/01882

bonne foi n'est donc pas caractérisé »[332]. Outre le caractère notoire de l'information, le faible coût de celle-ci peut conduire à considérer qu'elle est accessible au créancier.

55. Il y a obligation de se renseigner si l'information est accessible à moindre coût. Le créancier est obligé de connaître l'information lorsque celle-ci est facilement accessible à moindre coût. Il peut arriver que la recherche de l'information présente un coût[333]. Dans ce cas, il revient au débiteur d'en supporter les frais. Toutefois, si tel n'est pas le cas, le créancier doit lui-même rechercher l'information en supportant son coût. Le refus de supporter le coût de l'information sera qualifié d'ignorance illégitime et le débiteur sera exonéré de son obligation d'information. Toutefois, il faut relever que l'évaluation du coût de l'information varie en fonction du contrat que les parties s'apprêtent à conclure. Plus ce dernier présente de forts enjeux financiers, plus le coût de l'information devient élevé. Dans ces types de contrats, les parties font souvent recours à des experts pour procéder à des audits préalables, ce qui représente un coût énorme dans la recherche de l'information. De ce fait, l'accessibilité de l'information au créancier devient plus difficile, et il sera ainsi fait obligation au débiteur de l'information de supporter le coût de l'information[334]. Mais, si les enjeux financiers de l'information ne sont pas si importants, l'accessibilité des données pouvant intéresser le créancier peut le devenir également. Dans ce cas, il sera obligé lui-même de supporter le coût de l'information.

À l'ère du numérique, il est possible de se demander si les informations disponibles sur internet sont des informations accessibles[335]. La question est tout à fait légitime au regard de la généralisation de l'accès à internet et du nombre important d'informations qu'on peut y trouver[336]. D'ailleurs, même si on n'était pas dans le cadre d'une obligation d'information précontractuelle, la Cour de cassation a condamné un notaire qui n'avait pas pris la peine de vérifier sur Google si l'immeuble dont il a constaté la vente appartenait à une société soumise à une procédure collective[337]. Ce qui laisse penser que dans l'avenir, pourraient être considérées comme accessibles toutes les informations précontractuelles qu'on peut trouver sur internet.

---

[332] CA Amiens, 1re Ch. civ., 11 avril 2023, n° 22/00695

[333] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie, op. cit*. §570 ; O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p. 104

[334] Mais, le débiteur n'a pas une obligation de s'informer pour informer : *supra* §22 et s.

[335] H. Barbier, note sous Cass. 1re civ., 28 novembre 2018 n° 17-31.144, « Vers un devoir de "googliser" ? », *RTD civ*., 2019, p. 98

[336] Cons. const. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, AJDA 2009. 1132 ; D. 2009. 1770, point de vue J. — M. Bruguière

[337] Civ. 1e, 28 novembre 2018 n° 17-31.144, D. 2018. 2360 ; note H. Barbier, RTD civ. 2019, p. 98

En plus de l'accessibilité de l'information, le défaut d'ignorance légitime du créancier peut être présumé dans certaines situations.

b. La présomption de connaissance de l'information par le créancier

L'ignorance du créancier peut être considérée comme illégitime s'il a certaines qualités. Dans ce cas, il sera obligé de se renseigner lui-même au même titre que celui qui a accès à l'information. C'est le cas notamment si le créancier est un professionnel ou encore s'il possède certaines compétences.

56. Le créancier professionnel sera toujours considéré comme connaisseur de l'information. Devant un créancier professionnel, il n'y a pas en principe d'obligation d'information pesant sur le débiteur. Est considérée comme un professionnel, « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel »[338]. Ainsi, dès l'instant qu'une personne physique ou morale entend conclure un contrat qui entre dans le cadre de son activité professionnelle, il ne peut plus bénéficier de la qualité de créancier d'une obligation d'information. Il est ainsi censé connaître toutes les informations qui intéressent son consentement[339]. Il a été jugé qu'un professionnel ne pouvait se prévaloir d'une clause de non-garantie. Il était censé connaître les vices qui affectent le bien[340]. Cette obligation de se renseigner a été étendue à des personnes assistées par des professionnels[341]. En effet, la Cour de cassation avait estimé qu'un emprunteur qui était assisté par son conjoint, lequel exerçait des fonctions de cadre supérieur au sein même de l'établissement prêteur, ne peut bénéficier d'une obligation d'information[342]. L'obligation de se renseigner doit être appliquée même si le contrat doit être conclu par deux professionnels,

---

[338] Alinéa 3 de l'article liminaire du code de la consommation, Loi n° 2017-203 du 21 février 2017 - art. 3

[339] M. Fabre-magnan, *Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.,* §369 ; M. Mekki, « Droit des contrats », *D*. 2018 p.371 ; H. Fabre, « Dol, réticence dolosive et devoir d'information dans les cessions de droits sociaux », *art. cit.*, p. 1327 ; B. Fages, *Droit des obligations, op. cit.*, §99 ; J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §530

[340] Cass. 3e civ., 29 juin 2017, n° 16-18.087, D. 2017. 1889, note N. Rias ; AJ Contrat 2017. 450, obs. N. Kilgus ; voir aussi Cass. com. 10 février 2015, n° 13-24.684 : RJDA 8-9/15 549. som ; CA paris, 13 octobre 2015 n° 13/15408 : BTL 2015. 621

[341] R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, *op. cit.,* §562,11

[342] Cass. com., 03-05-2006, n° 04-15.517 ; Cass. com., 03-05-2006, n° 04-19.315 ; Cass. com., 03-05-2006, n° 02-11.211, RD bancaire et fin., 2006, n° 4, p. 12, note, F-J. Crédot, Th. Samin ; JCP E, 2006, n° 23, p. 996, note D. Legeais ; Gaz. Pal., 2006, n° 179, p. 8, obs. St. Piedelièvre ; RDC, 2007, n° 2007/2, p. 300, obs. G. Viney; RTD Civ., 2007, n° 1, p. 103, J. Mestre, B. Fages

surtout s'ils sont de la même spécialité[343]. Les compétences personnelles des parties peuvent aussi obliger les parties à se renseigner elles-mêmes.

57. Plus le créancier est compétent, moins il pourra prétendre à être renseigné par le débiteur. Si le créancier de l'obligation d'information a des compétences personnelles qui peuvent lui permettre de connaître les informations qui intéressent son consentement, il est obligé de se renseigner[344]. À défaut, son ignorance devient illégitime. Les compétences personnelles doivent être distinguées des compétences professionnelles. Les premières ne se rattachent pas à l'exercice d'une activité professionnelle. Elles s'exercent hors de la sphère professionnelle. Aussi, la compétence ne pourra être considérée comme personnelle que si le contrat conclu ne relève pas d'une activité professionnelle. Tel est le cas d'une personne qui a l'habitude de faire des achats d'un bien particulier ou encore un professionnel de l'immobilier qui achète un immeuble pour son usage personnel[345]. Il a ainsi été jugé par la Cour de cassation qu'un professionnel de l'importation de véhicules automobiles qui a l'habitude du crédit documentaire dont il connaît les mécanismes, ne pouvait, de bonne foi, prétendre avoir ignoré la portée juridique de la modification du crédit que lui-même avait sollicité ni, par suite, reprocher à son débiteur un manquement à un devoir de mise en garde dont ce dernier ne lui était pas redevable dès lors qu'il avait déjà toute la connaissance nécessaire[346].

Toutefois, il faut relever que certaines décisions de la Cour de cassation obligent le débiteur de renseigner le créancier même s'il est professionnel[347]. Il faut donc retenir que l'obligation de se renseigner peut découler de toutes les situations permettant de constater que le créancier ne pouvait pas ignorer légitimement l'information. Mais, l'obligation de se renseigner peut aussi être exigée si le créancier ne fait pas confiance au débiteur.

2. Le défaut de confiance légitime du créancier

[343] Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations,* 12e éd., LGDJ, 2022, §457

[344] D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit*., §322 ; J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §530

[345] Alinéa 2 de l'article liminaire C. consom., Loi n° 2017-203 du 21 février 2017 - art. 3

[346] Cass. com. 4 juillet 2006, n° 05-10.529 ; voir aussi Cass. com. 19 février 2002, n° 99-13.100 ; Cass. 1re civ., 3 juin 1998, Bull. civ. I, n° 198 ; J. Mestre, B. Fages, « De quelques limites aux obligations d'information et de conseil », *RTD civ.* 2003, p. 81

[347] Cass. 1re civ., 28 septembre 2016, n° 15-17033 et 15-17516, FS–PB ; Cass. 1re civ., 14 janvier 2016, n° 15-10406 ; O. Deshayes, note sous Cass. 1re civ., 28 septembre 2016, n° 15-17033 et n° 15-17516, « Obligation d'information et relativité de la faute contractuelle », *art. cit.*, p. 39

Si la confiance au débiteur peut exempter le créancier de l'obligation de se renseigner même sommairement, l'absence de confiance au débiteur, même brièvement, peut obliger le créancier à se renseigner. Le défaut de confiance au débiteur peut être déduit du comportement du créancier (a). Mais, il existe des situations où la confiance au débiteur ne peut pas exister au regard des relations précédentes entre les deux parties (b).

a. La déduction du défaut de confiance du créancier

Le comportement du créancier au regard de la personne du débiteur peut dans certaines situations être considéré comme un manque de confiance l'obligeant ainsi, à se renseigner lui-même. Tel est le cas si le débiteur a une confiance excessive envers le créancier ou encore s'il doute sérieusement de sa personne.

58. L'excès de confiance au débiteur peut être analysé comme une confiance illégitime. L'excès de confiance au débiteur peut substituer l'obligation d'informer en obligation de s'informer. Une personne qui croit aveuglément en la personne de son partenaire s'expose à une perte du bénéfice de l'obligation d'information précontractuelle. L'excès de confiance sera ainsi sanctionné au même titre que l'accessibilité de l'information[348]. Il y a excès de confiance au débiteur si la croyance n'est pas légitime[349]. Ce qui suppose une croyance non raisonnable. L'appréciation de la légitimité de la croyance doit se faire un *in concreto.* Peu importe la personne qui se trouve dans la situation du créancier, elle ne doit pas croire excessivement au débiteur. Il y a excès de confiance si le créancier pense que le débiteur exécutera le contrat alors que ce dernier n'est pas un spécialiste du domaine contractuel. L'excès de confiance c'est aussi lorsque le créancier s'abandonne au débiteur alors que ce dernier ne jouit pas d'une bonne réputation.

59. Le doute sérieux de la personne du créancier par le débiteur peut être considéré comme un manque de confiance. Lorsque le créancier doute sérieusement de son partenaire, il est invité par la loi à prendre les choses en main et aller à la quête de l'information. Ne pas respecter cette obligation de se renseigner est synonyme d'ignorance illégitime et la victime ne pourra pas revendiquer la qualité de créancier d'une obligation d'information. Le doute est

---

[348] O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p. 106 ; A. Chirez, De la confiance en droit contractuel, th. n° 232

[349] S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit Européen*, *op. cit.,* §178 ; *Supra* §28 et s.

sérieux si la croyance au débiteur n'est pas effective[350]. Là aussi, le caractère du doute doit être apprécié *in concreto.* Un créancier qui a ainsi une perception négative de l'aptitude contractuelle du débiteur doit se renseigner lui-même sur les éléments contractuels qui intéressent son consentement. Par exemple, le doute au débiteur peut être considéré comme sérieux si le créancier décèle des incohérences sur les informations qui sont fournies par ce dernier. Donc, en cas d'excès de confiance ou de doute sérieux au débiteur, l'obligation d'informer cède sa place à l'obligation de s'informer. Tel est le cas aussi lorsque le créancier ne peut faire confiance au débiteur.

b. L'impossible confiance du créancier au débiteur

Il existe des situations dans lesquelles le créancier ne peut pas revendiquer sa confiance au débiteur. Les circonstances contractuelles font qu'il sera dans l'impossibilité de faire confiance au débiteur. C'est le cas notamment si la relation n'a jamais existé entre les parties ou encore s'il a une fois existé un conflit entre celles-ci.

60. Il ne peut y avoir de confiance si les parties passent leur contrat pour la première fois. Lors du premier contrat, chacune des parties est invitée à être diligente. Le créancier doit prendre ses gardes en allant lui-même à la recherche de l'information, son abstention sera qualifiée d'excès de confiance et il se verra privé de la qualité de créancier. La prudence consiste à être curieux si les parties ne se connaissaient pas avant la conclusion du contrat[351]. Il a ainsi été jugé par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence dans le cadre d'un dol que « la demande de nullité de l'échange de véhicules fondée sur un vice du consentement doit être rejetée. La nature affective des relations qu'ont pu entretenir les parties et leur brièveté est inopérante pour caractériser un dol commis à l'occasion de l'échange des véhicules. Si le requérant démontre bien son état allégué de fragilité psychologique à l'époque de l'échange, en revanche, il ne démontre pas que son cocontractant avait connaissance de cet état alors que les parties se sont rencontrées par le biais d'une annonce, et n'ont entretenu qu'une relation éphémère »[352]. Même si cet arrêt n'est pas rendu dans le cadre de l'obligation d'information, un rapprochement à

[350] *Supra* §32 ; S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit Européen*, *op. cit.*, §197

[351] O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p. 106

[352] CA Aix-en-Provence, 1re ch. A, 2 octobre 2018, n° 17/03404 : JurisData n° 2018-017142

celle-ci permet de noter que la brièveté de la relation contractuelle doit pousser chacune des parties à se renseigner.

61. Il ne peut y avoir de confiance s'il y a une fois eu un conflit entre les parties. Le défaut de confiance peut être présumé lorsque les parties sont presque ou tout le temps en conflit. Le créancier ne peut pas brandir l'argument de la confiance s'il assigne à chaque fois son débiteur devant les tribunaux. La récurrence des conflits dans les relations contractuelles doit obliger le créancier à se renseigner lui-même et de ne pas se remettre à son débiteur. L'absence d'une telle diligence peut hypothéquer définitivement la qualité de créancier de l'obligation d'information précontractuelle. Mais, il ne doit pas s'agir de tout type de conflit. Le litige doit découler de la phase précontractuelle. Il peut s'agir d'un manquement à une obligation d'information par exemple. Si le litige est lié à une exécution du contrat indépendamment de la conclusion du contrat, il ne doit pas y avoir d'obligation de s'informer. En définitive, du côté du créancier, l'obligation de s'informer s'impose si l'information est accessible ou encore si le débiteur est un professionnel ou s'il a les compétences nécessaires pour se renseigner lui-même. Il y a aussi obligation de s'informer en cas d'excès de confiance ou de doute sérieux au débiteur, ou encore si les parties passent leur premier contrat ou s'il a une fois existé un conflit découlant de la phase précontractuelle entre les parties. L'obligation de s'informer peut aussi découler de la situation du débiteur.

B. Les conditions pesant sur le débiteur

L'obligation de s'informer peut aussi être déclenchée par la situation du débiteur au moment de la conclusion du contrat. Puisque seule la partie qui connaît une information déterminante a la qualité de débiteur d'une obligation d'information, celle qui ne connaît pas une telle information n'est pas tenue d'informer le créancier (1). Par ailleurs, même si le débiteur connaît une information, s'il ne connaît pas l'influence déterminante que celle-ci peut avoir sur le consentement du créancier, il est exonéré de toute obligation d'information précontractuelle (2).

1. Le défaut de connaissance de l'information

Le débiteur d'une obligation d'information précontractuelle ne peut connaître toutes les informations intéressant le consentement de son créancier. Il existe des informations dont il ne peut avoir connaissance (a). Toutefois, il peut arriver aussi que le défaut de l'information par le débiteur soit dû à un comportement du créancier (b).

a. Le défaut de connaissance de l'information par le débiteur

Si l'obligation d'information précontractuelle ne pèse que sur les informations qui sont connues du débiteur, il ne peut pas y avoir d'obligation d'informer si l'information n'est pas connue par ce dernier[353]. La méconnaissance de l'information peut être due à son inaccessibilité ou encore à une absence de présomption de connaissance de l'information par le débiteur.

62. Il n'y a pas d'obligation d'information précontractuelle, si celle-ci est inaccessible au débiteur. Toutes les informations susceptibles d'intéresser le consentement ne peuvent pas être à la portée du débiteur[354]. Il existe des informations qui nécessitent beaucoup de recherche et d'investissement[355]. Pour savoir si une information est accessible au débiteur, il faut analyser les avantages que ce dernier peut tirer du contrat et les investissements nécessaires à l'obtention de l'information déterminante. S'il se trouve que ces derniers sont plus importants, l'information devient inaccessible. Le créancier est ainsi invité à se renseigner. En plus du coût de la recherche de l'information, le temps de la recherche peut rendre l'information inaccessible au débiteur. En effet, au regard du contrat que les parties entendent conclure, l'obtention d'une information déterminante peut être considérée comme impossible. Moins le contrat a d'avantages financiers, moins le temps de la recherche de l'information doit être court. À défaut, l'information devient inaccessible au débiteur.

63. On ne peut pas présumer une connaissance de l'information par le débiteur. Contrairement à la situation du créancier, il n'est pas possible de présumer la connaissance de l'information par le débiteur[356]. Que le contrat soit passé entre un profane et un professionnel ou entre deux professionnels, seules les informations dont le débiteur a pleinement connaissance l'obligent à renseigner le créancier. Ses qualités personnelles et professionnelles ne peuvent pas conduire à considérer le débiteur comme un connaisseur de toutes les informations qui intéressent le consentement du créancier. La présomption de connaissance n'est possible que chez le créancier. Le contraire permettrait de mettre sur le dos du débiteur une obligation d'information très lourde, d'autant plus qu'elle ne peut être ni exclue ni

---

[353] C. Grimaldi, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon… », *art. cit.*, p. 1009

[354] Cass. 3e civ., 21 juillet 1993, no 91-20.639, Bull. civ. III, no 117

[355] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie, op. cit.* §570 ; O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p. 104

[356] J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §530

limitée[357]. En outre, le défaut de connaissance de l'information peut être dû à un comportement du créancier.

b. Le défaut de connaissance de l'information par le débiteur à cause du créancier

Le débiteur n'est pas non plus obligé de renseigner le créancier si le défaut de connaissance de l'information déterminante est imputable à ce dernier. C'est le cas notamment si le débiteur est induit en erreur par le créancier ou encore s'il ne connaît pas les informations qui intéressent son consentement.

64. Il n'y a pas d'obligation d'information si le débiteur a été induit en erreur par le créancier. Dans certaines situations, afin que le débiteur puisse renseigner efficacement le créancier, ce dernier est tenu de l'éclairer sur ses besoins ou encore sur sa situation personnelle ou professionnelle. Ainsi, si les informations délivrées ne correspondent pas à la réalité, le débiteur ne peut renseigner utilement le créancier. Il se verra dans ce cas exonéré de toute obligation d'information précontractuelle envers le créancier. Ce dernier ne pourra pas engager sa responsabilité précontractuelle pour manquement à une obligation d'information[358]. Il a d'ailleurs été jugé dans le cadre d'un prêt bancaire, qu'à cause des informations lacunaires et inexactes fournies par le client, le banquier ne peut pas voir sa responsabilité engagée pour défaut de mise en garde[359].

65. Il n'y a pas d'obligation d'information si le créancier ne connaît pas les informations déterminantes pour lui. L'audit préalable du créancier par le débiteur permet souvent à ce dernier de déterminer la nature des informations dont il a besoin pour conclure le contrat en toute connaissance de cause. Toutefois, si à l'issue de cet audit, le créancier ne révèle pas au débiteur ce qu'il attend du contrat à conclure, il ne peut pas être informé efficacement par ce dernier. Il ne pourra pas dans ce cas engager la responsabilité du débiteur, le défaut de connaissance de l'information déterminante lui étant imputable[360]. Cet audit préalable du créancier est très fréquent dans les contrats d'assurance avec la déclaration des risques par le candidat à l'assurance[361]. Il en est de même dans le contrat de prêt bancaire, où le client doit démontrer sa capacité financière au banquier avant la conclusion du contrat.

---

[357] *Infra* §101 et s.

[358] *Infra* §149 et s.

[359] Cass. 1re civ., 30 octobre 2007, n° 06-17003, D. 2008, p. E. Bazin ; RTD com. 2008, p. 163, obs. D. Legeais ; JCP E 2007, n° 41, P. 2576, note D. Legeais.

[360] *Infra* §149 et s.

[361] *Infra* §183

Donc, l'obligation d'informer le créancier n'existe pas si l'information est accessible au créancier et du fait de l'absence de présomption de connaissance de l'information par le débiteur. Elle n'existe pas non plus si le défaut de connaissance de l'information est imputable au créancier. Par ailleurs, le défaut de connaissance de l'influence de l'information peut conduire à une obligation de se renseigner.

2. Le défaut de connaissance de l'influence de l'information

Seules les informations pouvant exercer une influence déterminante sur le consentement du créancier doivent être délivrées par le débiteur[362]. Ainsi, toute information précontractuelle ne pouvant pas modifier le comportement du créancier n'entre pas dans le champ d'application de l'obligation d'information précontractuelle. Par ailleurs, même si l'information est déterminante, le simple fait pour le débiteur de ne pas connaître l'influence de celle-ci sur le consentement du créancier peut le dispenser de son obligation d'information précontractuelle. Le défaut de connaissance de l'influence peut être retenu si l'information porte sur un fait mineur comme le domicile du contractant.

En définitive, l'obligation de s'informer peut découler aussi bien de la situation du débiteur que de la situation du créancier. Lorsque le créancier n'ignore pas légitimement l'information déterminante pour son consentement ou s'il ne fait pas confiance au débiteur, il est tenu de se renseigner. En ce qui concerne le débiteur, il n'y a pas d'obligation d'informer s'il ne connaît pas l'information déterminante ou encore s'il ne sait pas l'influence de celle-ci sur le consentement du créancier. Outre les cas engendrés par la situation des parties, l'obligation de s'informer peut découler de la nature de l'information déterminante elle-même.

§2 : Les conditions tenant à l'information

Certaines informations déterminantes peuvent conduire le créancier de l'obligation d'information précontractuelle à se renseigner lui-même. C'est le cas des informations relatives à l'estimation de la valeur de la prestation. En effet, après avoir défini la nature des informations à transmettre au créancier, l'alinéa 2 de l'article 1112-1 du Code civil exclut toute obligation d'information sur la valeur de la prestation (A). Mais cette exclusion n'est pas absolue, elle doit être relativisée (B).

[362] *Supra* §38 et s.

A. L'exclusion de l'obligation d'information sur l'estimation de la valeur de la prestation

L'exclusion de l'estimation de la valeur de la prestation du champ de l'obligation d'information n'est pas clairement définie et ne figurait pas dans le projet d'ordonnance initial[363]. Le législateur se contente d'exclure l'estimation de la valeur de la prestation du prisme de l'obligation d'information sans pour autant dire réellement ce qu'il faut entendre par cette notion. Ainsi, afin de bien cerner les contours de cette exclusion, il est intéressant de revenir sur la notion d'estimation de la valeur de la prestation (1) avant de l'appliquer à l'obligation d'information précontractuelle (2).

1. La notion d'estimation de la valeur de la prestation

La compréhension de l'expression « estimation de la valeur de la prestation » nécessite une distinction de la notion « d'estimation » de celle de « valeur ». La définition de chacune de ces notions permettra d'avoir une vision plus précise de ce que renferme l'exclusion posée par l'article 1112-1 du Code civil.

66. La notion d'estimation renvoie au prix approximatif de la valeur d'un bien ou d'un service. Le Robert définit le terme d'« estimation » comme « l'action d'estimer le prix que l'on attribue à une chose ». Quant au verbe « estimer », il signifie soit le fait de « déterminer la valeur de quelque chose par appréciation », soit le fait de « calculer approximativement ». Au regard de ces différentes définitions, il est possible d'affirmer que la notion « d'estimation » renvoie au prix que l'on peut attribuer à un bien ou un service. En outre, il faut noter que le prix estimatif n'est pas souvent le prix exact. Il est purement approximatif du prix réel de la chose qui a été évaluée. L'estimation de la valeur d'une prestation ne renvoie donc pas forcément à sa valeur réelle. Néanmoins, il s'agit d'une valeur tout à fait proche de la valeur exacte de la prestation. Ce qui amène donc à distinguer la valeur exacte d'une prestation de la valeur estimative ou approximative de la prestation. La première ne nécessite pas d'évaluation, elle est connue des protagonistes alors que la seconde nécessite une expertise objective qui peut prendre en compte la conjoncture économique du moment, la vétusté du bien, son utilité, etc. Aussi, il faut préciser que la valeur estimative peut soit être supérieure, soit inférieure à la valeur

[363] J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §534

de la prestation. En résumé, on peut dire que la notion d'estimation renvoie au prix approximatif d'un bien ou d'un service.

67. La notion de valeur renvoie à la valeur d'utilité et à la valeur d'échange d'un bien ou d'un service. Pour bien comprendre ce que renferme la notion de valeur, il faut impérativement l'aborder aussi bien dans le domaine économique que dans le domaine juridique. Du côté des économistes, la notion de valeur a deux significations. Elle peut être relative à l'usage, on parle de « valeur d'usage » ou à l'échange, on parle de « valeur d'échange » [364]. Le lexique d'économie définit la « valeur d'échange » comme étant « le pouvoir pour un bien ou un service d'acheter d'autres biens. Cette valeur d'échange s'établit lors de l'échange c'est-à-dire sur le marché ou lors de la passation d'un marché »[365]. Quant à la « valeur d'usage », elle est relative à « l'utilité d'un objet ou d'un service particulier »[366]. Ici, la valeur est mesurée par rapport à « l'utilité marginale »[367]. Ainsi, plus le bien ou le service procure des satisfactions à son utilisateur, plus il a de la valeur.

Les juristes essaient eux aussi de concevoir à leur manière la notion de valeur. Ainsi, le vocabulaire juridique du doyen Gérard Cornu précise que la valeur « c'est ce que vaut en argent, une chose, montant de la somme d'argent qu'elle représente, en général calculée d'après sa valeur vénale »[368]. Celle-ci renvoie à « la valeur supposée pour laquelle on estime qu'une chose trouverait acquéreur, si, à cet instant, on la vendait »[369]. Juridiquement, on peut dire que la valeur est le pouvoir qu'a un bien ou un service de gagner une somme d'argent déterminé à un moment déterminé du marché. Autrement dit, la valeur est le prix réel du bien si on est dans un contrat de vente ou le résultat net qu'un franchiseur peut tirer de son affiliation à un réseau de distribution[370]. On voit que la définition juridique de la valeur se recoupe avec la définition économique de la « valeur d'échange ». Les juristes ne s'intéressent pas ainsi à la valeur d'utilité en évoquant la notion de valeur. L'utilité matérielle d'un bien ou d'un service n'est pas une valeur en droit.

---

[364] J. Perrin, *A la recherche des fondements de la valeur économique et de la richesse*, Éditions de la Campus Ouvert, 2017, p.18

[365] A. Silim, (sous dir.), Lexique d'économie, 15e éd. *D*. 2018, p.865, V° « valeur d'échange »

[366] A. Silim, (sous dir.), Lexique d'économie, *loc.. cit.*, V° « Valeur d'usage »

[367] J. Perrin, *A la recherche des fondements de la valeur économique et de la richesse*, *op. cit*., p.20

[368] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*. p. 1062, V° « Valeur »

[369] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *ibid.*, p. 1067, V° « Vénale »

[370]D. Sassolas, « Le prix », in *Les innovation de la réforme du droit des contrats,* S. Bros (sous-dir.), *Institut Universitaire Varenne*, 2018, p.77

Par ailleurs, dans le cadre de l'erreur, la jurisprudence fait la distinction entre la valeur économique et la valeur qualitative de la chose[371]. La valeur économique renvoie à la valeur monétaire de la chose alors que la valeur qualitative est relative à la qualité substantielle de la chose[372]. Ces deux types de valeur se recoupent avec les valeurs d'utilité et d'échange. La valeur économique se rattache à la valeur d'échange alors que la valeur qualitative se rapproche de la valeur d'utilité.

Sur ce, il convient de déterminer maintenant, parmi ces valeurs, celle qui est exclue concrètement du champ de l'obligation d'information.

2. L'application de la notion d'estimation de la valeur de la prestation à l'obligation d'information

L'application des notions « d'estimation » et de « valeur » à l'obligation d'information précontractuelle permet de constater que ce ne sont pas toutes les informations se rapportant à la valeur qui sont exclues du champ d'application de l'article 1112-1. *A priori,* la valeur estimative et la valeur d'échange sont hors du champ de l'obligation d'information précontractuelle.

68. La valeur estimative de la prestation est exclue de l'obligation d'information. Le débiteur d'une obligation d'information précontractuelle ne doit pas renseigner le créancier sur la valeur estimative de la prestation. Autrement, il n'est pas tenu d'estimer en argent sa prestation ou celle du créancier et de lui livrer l'information. Dès l'instant que la valeur exacte d'une prestation n'est pas connue d'une des parties, celle-ci est obligée de se renseigner elle-même[373]. *A contrario*, si le débiteur connaît la valeur exacte de la prestation, il est tenu de livrer l'information au créancier. Cette distinction procède d'une interprétation littérale des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. L'utilisation du mot « estimation » et non l'unique expression « valeur » conduit à distinguer la valeur approximative, qui résulte d'une estimation objective, de la valeur réelle. Aussi, la possibilité d'existence des biens ou des services dont la valeur réelle est connue du débiteur sans aucun recours à une estimation permet de soutenir davantage l'unique exclusion de la valeur estimative des prestations. Cette exclusion

[371] CA versailles, 7 janvier, 1987, D. 1987. 485, note, J-L. Aubert ; JCP 1988, II, 21121, note J. Ghestin ; RTD. Civ. 1987. 741, obs. J. Mestre ; Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, n° 148-149, p. 26

[372] J. Ghestin, Gr. Loiseau, Y-M. Serinet, *Formation du contrat : Le contrat – Le consentement,* in Traité de droit civil, *op. cit.,* §1171

[373] B. Fages, *Droit des obligations, op. cit.*, §99 ; B. Mercadal, « La réforme du droit des contrats », *op. cit.,* §178

peut se justifier très facilement. En effet, l'estimation ne reflète pas toujours la valeur réelle et s'aventurer à délivrer des informations dont on n'est pas sûr de la réalité peut être analysé comme du dol par mensonge[374]. Si le législateur voulait exclure toutes les bribes d'informations relatives à la valeur, il aurait dû viser uniquement la notion de valeur. Mais, l'esprit du texte peut conduire à penser que l'intention du législateur est d'exclure toute sorte d'information sur la valeur du champ d'application de l'article 1112-1 du Code civil afin de maintenir la vocation spéculative du contrat[375]. En attendant les éclaircissements de la jurisprudence, il faut retenir que seule la valeur approximative de la prestation n'entre pas dans les informations à renseigner au créancier. Qu'en est-il maintenant de la nature de la valeur qui est exclue de l'article 1112-1 du Code civil ?

69. La valeur d'échange de la prestation est exclue de l'obligation d'information. Au regard de la jurisprudence sur l'erreur et des définitions juridiques et économiques de la notion de « valeur »[376], il est possible de définir très clairement laquelle des valeurs n'entre pas dans le champ d'application de l'obligation d'information précontractuelle. En effet, entre la valeur d'utilité et la valeur d'échange, seule cette dernière ne doit pas être renseignée par le débiteur. Mais, pour toutes les informations se rapportant à la valeur d'usage ou la valeur qualitative des prestations, le débiteur est obligé de les livrer au créancier. Ces dernières ne touchent pas l'aspect économique du contrat. Elles ne constituent pas un obstacle à la spéculation contractuelle. Le débiteur peut parfaitement renseigner le créancier sur l'utilité ou l'usage du bien ou du service, objet de la prestation, sans faire état de données économiques ou monétaires. Alors qu'une information sur la valeur d'échange d'un bien ou d'un service conduit d'abord à estimer économiquement la prestation, ce qui ne relève pas de l'obligation d'information précontractuelle[377]. C'est ce qui a été jugé dans l'arrêt Baldus[378]. Mais, avant cette décision, la jurisprudence avait déjà fait la distinction, dans le cadre de l'erreur, entre la valeur économique

---

[374] L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, *op. cit.,* §189

[375] O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p. 106

[376] *Supra* §67 et s.

[377] C. Grimaldi, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon… », *art. cit.,* p. 1009 ; J. Mestre, B. Fages, note sous Cass. 1re civ., 3 mai 2000, n° 98-11.381, « Où l'obligation de contracter de bonne foi et la recherche d'un profit se trouvent ouvertement réconciliées », *RTD civ.,* 2000, p. 566 ; O. Tournafond, note sous Cass. 1re civ., 03 mai 2000, n° 98-11.381, Cass. 3e civ., 15 novembre 2000, n° 99-11.203, « Les difficultés d'appréciation du dol émanant de l'acheteur », *D*. 2002, p. 928 ; C. Larroumet, S. Bros, *Les obligations : le contrat,* in Traité de droit civil, T. 3, *op. cit.*, §335 ; Cass. 1re Civ., 8 décembre 2009, n° 08-17.406, Bull. I, n° 238 ; Cass. 1re civ., 4 novembre 2011, n° 10-19942, Bull. I, n° 193

[378] Cass. 1re civ., 3 mai 2000, n° 98-11.381 ; bull. civ. I, n° 131 ; *RTD Civ*. 2000. 566, obs. J. Mestre, B. Fages.

et la valeur qualitative. Ainsi, il a été décidé que seule la valeur qualitative peut entraîner une erreur et par conséquent conduire à la nullité du contrat, la valeur économique étant indifférente[379]. En définitive, il faut retenir que seule la valeur d'échange estimative est exclue des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. Toutefois, cette exclusion n'est pas absolue, il faut la relativiser.

B. La relativité de l'exclusion de l'information sur la valeur de la prestation

Le manquement à une obligation sur l'estimation de la valeur de la prestation peut dans certaines situations être sanctionné. Ce qui laisse entendre que la partie qui a gardé l'information sur la valeur aurait dû la révéler à l'autre partie. Tel est le cas notamment dans les contrats qui peuvent être rescindés pour lésion (1) et des contrats de confiance (2). Au préalable, il faut noter que si une partie communique sur l'estimation de la valeur d'une prestation, elle est liée par cette information. De ce fait, toute fausse information sur la valeur peut entraîner la nullité du contrat ou des dommages et intérêts pour dol[380].

1. L'admission exceptionnelle de la lésion, une limite à l'exclusion de l'information sur l'estimation de la valeur de la prestation

L'une des premières causes de l'interdiction de l'information sur la valeur des prestations est la conformité avec l'exclusion de la lésion[381]. Mais cette exclusion de la lésion en droit des contrats n'est pas absolue, elle souffre de quelques exceptions. Ainsi l'admission de ces exceptions peut être analysée comme une limite à l'exclusion de l'information sur la valeur.

70. La lésion est admise dans plusieurs types de contrats ou lorsque le contrat est passé avec certaines personnes. L'article 1168 du Code civil pose le principe du rejet de la lésion dans les contrats synallagmatiques. Toutefois, le même article 1168 prévoit que la nullité pour lésion peut être retenue si la loi le prévoit. C'est pourquoi il est permis à certaines catégories de personnes ou dans certains contrats d'agir en rescision pour lésion. Parmi ces personnes, on a certains professionnels et les incapables, à savoir les mineurs et les majeurs protégés. L'article

[379] CA versailles, 7 janvier, 1987, D. 1987. 485, note, J-L. Aubert ; JCP 1988, II, 21121, note J. Ghestin
[380] J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil : Les obligations, L'acte juridique,* 17e éd, Sirey, 2014, §245
[381] C. Larroumet, S. Bros, *Les obligations : le contrat,* in Traité de droit civil, T. 3, *op. cit.*, §335 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, *op. cit.,* §191 ; B. Mercadal, « La réforme du droit des contrats », *ibid.*, §178

1149, alinéa 1er du Code civil dispose en effet que « les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion ». L'article 435, alinéa 2 du Code civil, précise aussi que le majeur placé sous la sauvegarde de justice bénéficie du droit d'agir en rescision pour lésion ou en réduction en cas d'excès, à l'encontre de tous les actes juridiques. Par ailleurs, le nouvel article L. 442-1, I, 1º du Code de commerce permet à certains professionnels qui sont en situation de faiblesse d'invoquer la lésion[382]. Il sanctionne ainsi le fait « d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ».

Pour ce qui est de l'admission de la lésion dans certains contrats, il faut souligner que l'article 889, alinéa 1er du Code civil ouvre aux copartageants une action en complément de parts en cas de lésion de plus du quart, en considérant la valeur des objets au jour du partage[383]. Dans le cadre de la vente immobilière, l'article 1674 du Code civil permet au vendeur lésé de plus de sept douzièmes de demander la rescision de la vente[384]. De même, dans le cadre de la vente d'engrais, l'acheteur peut invoquer la lésion s'il estime que le vendeur a exploité ses besoins en augmentant abusivement le prix[385]. Tel est le cas également dans la cession de droits d'exploitation d'auteur où le cédant peut ne pas toujours apprécier la valeur de ses droits au moment de la conclusion du contrat. Toutefois, la lésion doit être de plus de sept douzièmes[386]. Par ailleurs, le nouvel article L. 442-1, I, 2° permet d'engager la responsabilité de toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services qui soumet ou tente de soumettre « un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »[387]. Pour conforter l'admission de la lésion par cette disposition, la Cour de cassation a décidé que « l'(ancien) article L. 442-6, I, 2º (devenu C. com., art. L. 442-1, I, 2º), n'exclut pas, contrairement à l'article L. 212-1 du Code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu », de ce fait, « l'(ancien) article L. 442-6, I, 2º du Code de commerce autorise un

[382] F. Buy, « La sanction de la lésion dans les relations commerciales », *D*., 2014, p. 1333

[383] Cass. 1re civ., 22 octobre 2014, nº 13-24.227, LPA 2015, nº 58, p. 3, obs. Perrotin Fr., RJPF 2015-1/29, note Fr. Sauvage

[384] Cass. 3e civ., 4 juillet 1968, nº 66-10.521, Bull. civ. III, nº324 ; Cass. 3e civ., 4 juin 2008, nº 07-13.479, Bull. civ. III, nº 102 ; Cass. 3e civ., 2 juin 2016, nº 14-21.142.

[385] Loi 8 juillet 1907, JO 9 juillet art. 1re

[386] C. propr. intell., art. L. 131-5, al. 1er ; X. Près, « L'action en révision pour lésion et imprévision en droit d'auteur : applications et perspectives », *AJ Contrat,* 2018, p. 112.

[387] C. Grimaldi, « Vers un contrôle généralisé de la lésion en droit français », *D*. 2019, p. 388 ; M. Behar-Touchais, « Le contrôle de la lésion en droit commercial, avec l'interdiction de l'avantage disproportionné », *RDC* 2019, n° 116j3, p. 41

contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »[388]. L'admission de la lésion par rapport aux personnes et aux contrats n'est pas exhaustive[389]. Néanmoins, ces quelques exemples vont permettre de comprendre comment la lésion peut remettre en cause l'exclusion de l'obligation d'information sur l'estimation de la valeur des prestations.

71. Comment l'admission de la rescision pour lésion constitue-t-elle une limite à l'exclusion de l'information sur l'estimation de la valeur de la prestation ? Une personne qui peut invoquer la lésion n'a-t-elle pas le droit à une information sur l'estimation de la valeur des prestations en cause ? À regarder de près, il est possible de répondre par l'affirmative. En effet, la lésion consiste en un défaut d'équivalence des prestations dans les contrats synallagmatiques[390]. Il y a lésion si une partie perçoit une contrepartie supérieure ou inférieure à ce qu'elle a fourni. Le plus souvent, le déséquilibre n'est pas connu de la victime au moment de la conclusion du contrat. Mais, la partie qui a profité du déséquilibre peut être au courant de la lésion lors de la conclusion du contrat sans qu'elle soit en principe obligée de le dire à la victime.

Toutefois, l'admission de la lésion à l'égard de certaines personnes et dans certaines catégories de contrat permet de sanctionner implicitement le silence gardé sur l'estimation de la valeur des prestations. En effet, il est possible de penser que l'information de la victime au moment de la conclusion du contrat aurait permis d'éviter la lésion. De ce fait, elle peut invoquer la lésion en demandant la rescision du contrat. Ce qui permet d'affirmer qu'on aurait dû, non seulement l'informer sur la valeur, mais également veiller à ce que le contrat ne soit pas léonin. En résumé, en sanctionnant exceptionnellement la lésion, le législateur sanctionne implicitement le manquement à l'information sur l'estimation de la valeur des prestations. Mais, ce n'est pas la

---

[388] Cass. com., 25 janvier 2017, n° 15-23.547, Bull. civ. IV, n° 13, JCP G 2017, n° 10, 255, note M. Behar-Touchais ; D. 2017, p. 481, note F. Buy ; RLC 2017/61, no 3186, note J.-C. Grall, G. Mallen ; Gaz. Pal. 18 avril 2017, p. 37, obs. Houtcieff D., Contrats, conc., consom. 2017, comm. 77, note N. Mathey ; RLDA 2017/125, note G. Leroy, S. Beaumont, JCP E 2017, 1135, note S. Le Gac-Pech ; avant cet arrêt : CA Paris, pôle 5, ch. 5, 23 mai 2013, n° 12/01166, RTD com. 2013, p. 500, obs. M. Chagny, Contrats, conc., consom. 2013, comm. 208, obs. N. Mathey, RDC 2014, p. 411, obs. M. Behar-Touchais

[389] Il existe d'autres admission exceptionnelle de la lésion comme dans le contrat de prêt avec intérêts (L. 314-6, alinéa 1er, du C. consom.) ; dans les convention d'assistance maritime (C. transp., art. L. 5132-6) ; les contrats passés avec les professionnels libéraux (ex : les architectes : Cass. 1re civ., 4 mars 1958, D. 1958, p. 495)

[390] G. Chantepie, *La lésion*, préf. G. Viney, LGDJ, 2006, §6

seule exception à l'exclusion de l'information sur la valeur, elle existe aussi dans les contrats de confiance.

2. L'obligation de loyauté renforcée, une limite à l'exclusion de l'information sur l'estimation de la valeur de la prestation

L'existence d'un devoir de loyauté entre les parties peut remettre en cause l'exclusion de l'obligation d'information sur l'estimation de la valeur de la prestation par l'article 1112-1 du Code civil. Toutefois, la partie qui invoque la confiance renforcée doit la caractériser.

72. L'existence d'une confiance renforcée entre les parties oblige à renseigner sur la valeur des prestations. Cette obligation a été mise en place par la jurisprudence relative à la cession de part sociale. Les juges considèrent que le mandat social exige un devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés. Ainsi, en cas de cession de part sociale par l'associé, le dirigeant social est tenu de l'informer de la valeur exacte de ses droits sociaux. À défaut, le contrat de cession peut être annulé pour dol. C'est ce qui a été jugé dans l'arrêt Vilgrain du 27 février 1996[391]. Dans cette affaire, la cessionnaire, Mme Alary, désirant céder ses actions, avait demandé au dirigeant social de lui chercher un acquéreur et de lui indiquer le prix des actions. Mais le dirigeant social, M. Vilgrain, ainsi que trois autres actionnaires, profitant de la préférence qui leur a été accordée, acquièrent les actions à 3 000 F l'unité. Quelques jours après, les cessionnaires revendent les actions à 8 800 F l'unité. La cessionnaire, ayant eu connaissance de cette transaction, demande l'annulation du contrat pour dol. La Cour de cassation reçoit la demande de la cessionnaire en estimant qu' « en s'abstenant d'informer le cédant des négociations qu'il avait engagées pour la vente de ses actions […], le président avait manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé […] ». Cette solution était adoptée par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire, Mme Bonnet[392]. En effet, Mme Bonnet avait donné son accord à son neveu afin de céder ses actions à 330 F par l'unité. Par la suite, Mme Bonnet apprend qu'une société Ufiner avait acquis à la même époque des actions de la même société au prix de 12 154 F. S'estimant victime d'un dol, la dame Bonnet demanda réparation. Pour se tirer d'affaire, son neveu soutient que les actions acquises par la

[391] Cass. com. 27 février 1996, n° 94-11.241, RTD civ. 1997, p. 114, D. 1996, p. 518, note P. Malaurie ; D. 1996, p. 342, obs. J.-C. Hallouin; D. 1996, p. 591, note J. Ghestin ; RTD civ. 1997, p. 114, obs. J. Mestre ; JCP 1996. II. 22 665, note J. Ghestin

[392] CA Paris 25e ch. 29 avril 1994 Reille c/Bonnet ; BRDA 1994, n° 11, p. 4 ; RJDA 1994, n° 1299, p. 999 ; Bul. Joly 1994, § 262 note A. Couret ; J. Mestre RTD civ. 1994. p.852

société Ufiner conduisent à une cession de contrôle contrairement à la cession de Mme Bonnet. Mais les juges retiennent, malgré tout, l'existence d'une réticence dolosive à l'égard du dirigeant d'autant plus que, la cessionnaire avait « expressément sollicité son avis sur la valeur des actions, ce qui démontre la totale confiance qu'elle avait en lui ».

73. La confiance renforcée entre les parties doit être caractérisée pour qu'elle puisse conduire à l'information sur la valeur. Dès l'instant qu'il y a une confiance entre les parties, il est tout à fait possible que l'obligation d'information s'étende à la valeur[393]. Ainsi, la question qui mérite d'être posée est de savoir quels doivent être les traits caractéristiques de cette confiance. Est-ce que toute sorte de confiance peut conduire à une information sur la valeur ? Dans l'affaire Vilgrain, la confiance découle d'une relation d'affaires de longue durée entre le cédant et le cessionnaire. Alors que dans l'affaire Bonnet, la confiance découle d'une relation familiale entre le cédant et le cessionnaire. Sur ce, on peut dire que l'origine ou le fondement de la confiance est indifférent. Ce qui compte c'est le caractère objectif de la confiance. Celle-ci doit être objectivement prouvée par la partie qui l'invoque. Dans l'affaire Vilgrain, on peut considérer le mandat social et surtout la préférence de Vilgrain par la cédante comme des éléments caractéristiques de la confiance renforcée entre les parties. Dans l'affaire Bonnet, la confiance est caractérisée par le fait que la cédante, en plus des liens familiaux avec le cessionnaire, avait contacté en toute liberté le cessionnaire pour qu'il lui trouve un acheteur.

En définitive, il faut retenir que l'information sur l'estimation de la valeur des prestations constitue une limite à l'obligation d'informer. Mais, cette limite n'est pas absolue, l'obligation d'information peut porter sur l'estimation de la valeur dans les cas où la lésion est admise, mais aussi lorsqu'il existe une confiance renforcée entre les parties.

[393] J. Mestre, note sous CA Paris 19 janvier 1994 ; Paris 29 avril 1994 ; Metz 24 févier 1993, « D'une réticence dolosive d'informations sur la prestation de son cocontractant », *art. cit.,* p. 852

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Il faut retenir que le devoir d'information explicite a deux volets ; le premier, oblige le débiteur à informer le créancier alors que le second oblige le créancier à se renseigner lui-même. Pour ce qui est de l'obligation d'informer, elle ne pèse que si certaines conditions sont remplies. D'une part, le devoir n'existe que si le débiteur connaît une information déterminante. Ce qui implique que l'information connue par le débiteur doit être réelle et prévisible. Aussi, l'information connue par le débiteur doit exercer une influence sur le consentement du créancier. Toutefois, le débiteur n'est pas tenu de se renseigner pour informer le créancier. Il n'y a pas non plus de présomption de connaissance chez les professionnels. D'autre part, le créancier doit ignorer légitimement l'information déterminante ou faire confiance au débiteur. L'ignorance du créancier doit ainsi être légitime et effective de même que la confiance. Cependant, ces conditions causent beaucoup de difficultés dans leur application du fait de la contradiction existant entre ignorance légitime et confiance légitime. Pour pallier ces difficultés, seule l'ignorance légitime du créancier doit être exigée pour l'exécution d'une obligation d'information. Outre les conditions pesant sur les parties, il y a des conditions tenant à l'information. Celle-ci doit être déterminante pour le consentement du créancier, c'est-à-dire avoir un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Le contenu du contrat peut renvoyer à l'ancienne notion de cause ou d'objet du contrat. Ce qui implique que l'information déterminante concernerait toutes les informations ayant un lien direct et nécessaire avec le but du contrat ou la prestation à fournir. Quant à la notion de qualité des parties, elle peut renvoyer à l'état des personnes et l'aptitude d'une partie à fournir une prestation donnée. Dès lors, l'information déterminante concernerait toutes les informations ayant un lien direct et nécessaire avec l'état des personnes et l'aptitude à fournir une prestation donnée. Mais, cette définition de l'information déterminante cause problème. La notion d'information déterminante ce n'est pas que le but du contrat, la prestation à fournir et l'état des personnes. Des informations non déterminantes pour le consentement peuvent intéresser les parties. Aussi, la présomption irréfragable du domaine de l'information déterminante ne renvoie pas toujours à des informations intéressant le consentement des parties. Relativement à ces difficultés, la doctrine préconise la possibilité pour les parties de définir, à travers une clause, leurs informations déterminantes ou encore de substituer la notion d'information déterminante par celle d'information pertinente. Mais, on estime qu'il faut redéfinir la notion d'information déterminante et supprimer la présomption irréfragable de l'information déterminante posée par le législateur.

Si les conditions du devoir d'informer ne sont pas remplies, le devoir d'informer est évincé par le devoir de s'informer. À travers le devoir de s'informer, le créancier ne doit pas compter sur le débiteur pour être éclairé, il doit prendre les devants en allant à la chasse de l'information. Cette exigence advient dans plusieurs situations. Tel est le cas lorsque l'information est accessible au créancier ou s'il y a une présomption de connaissance de l'information par le créancier. Par ailleurs, il y a obligation de s'informer si le créancier fait excessivement confiance au débiteur. De même, il n'y a pas d'obligation d'information précontractuelle si celle-ci est inaccessible au débiteur. En outre, il y a obligation de s'informer si l'information porte sur la valeur. Mais, seules la valeur estimative et la valeur d'échange de la prestation sont exclues de l'obligation d'information. Toutefois, cette exclusion de la valeur doit être relativisée notamment dans les contrats où la lésion est admise. Aussi, l'existence d'une confiance renforcée entre les parties oblige à renseigner sur la valeur des prestations.

Par ailleurs, il faut noter que le devoir d'information précontractuelle, au-delà de ses fondements explicites, peut être dû sur la base d'autres exigences contractuelles ; c'est la problématique des obligations d'information implicite.

CHAPITRE II : LES OBLIGATIONS D'INFORMATION IMPLICITE

L'objet de ce chapitre est de déterminer s'il existe d'autres formes d'obligations d'information précontractuelle en droit commun distinctes du devoir général d'information de l'article 1112-1 du Code civil[394]. Cette pluralité d'obligations d'information précontractuelle s'explique par la consécration de la dissimulation intentionnelle comme vice du consentement (section 1), mais également par l'extension du devoir de bonne foi à la phase précontractuelle (section 2). Cette coexistence d'obligations d'information peut conduire à s'interroger sur l'articulation entre elles. Mais, elle peut aussi amener à demander les apports des obligations d'information implicite dans l'intégrité du consentement des parties.

Section 1 : L'obligation d'information tirée de la dissimulation intentionnelle

Si en matière de mariage, le principe est « trompe qui peut »[395], en matière de contrat c'est l'interdiction de tromper qui gouverne. Il est interdit aux parties qui envisagent une relation contractuelle de garder le silence sur un fait qui intéresse le consentement d'une des parties[396]. Le silence n'a été envisagé que dans le cadre de la conclusion des contrats, mais à partir des années 1950[397], les juges ont commencé à analyser le silence comme une source de responsabilité contractuelle ou une cause de nullité des contrats[398]. La réforme a concrétisé cette évolution, en consacrant définitivement la réticence dolosive à l'article 1137 alinéa 2 comme vice du consentement, validant ainsi une vieille plaidoirie de la doctrine[399]. La réticence dolosive, sous sa nouvelle appellation « dissimulation intentionnelle », ne s'exclut pas du devoir d'information précontractuelle ; ils entretiennent des liens (§1). Par ailleurs, si la dissimulation intentionnelle est source d'obligation d'information précontractuelle, la question qui mérite d'être posée est celle de savoir quel peut être l'apport de cette nouvelle forme d'obligation d'information dans l'intégrité du consentement des parties (§2).

---

394 B. Fages, *Droit des obligations, op. cit.*, §118 ; J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §538

395 H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, T. 2, Adages, L'Hermès, 1978, n° 84

396 Cass. soc., 1er avr. 1954 : Bull. civ. 1954, ensuite il y a eu Cass. 1re civ., 19 mai 1958, Bull. civ. I, n° 251, Cass. 1re civ., 6 février 1957, Bull. civ. I, n° 61

397 Au. Denizot, « La réticence dolosive avant 1958 », *RTD civ.,* 2015, p. 765

398 M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie, op. cit.* §2

399 S. Le Gac-Pech, « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? » *art. cit.* n° 97

§1 : L'interdiction de la dissimulation intentionnelle dans la phase précontractuelle

La démonstration de l'existence d'une obligation d'information avec l'interdiction de la dissimulation intentionnelle passe nécessairement par la preuve de l'autonomie des conditions de la dissimulation intentionnelle par rapport au devoir d'information (A). Le défaut d'autonomie entre les deux formes d'obligation d'information entraînerait un amalgame dans leur qualification. Par ailleurs, l'interdiction de la dissimulation intentionnelle comme fondement de l'obligation d'information nécessite de démontrer sa subordination à l'existence d'un devoir d'information (B).

A. L'autonomie de la dissimulation intentionnelle

Le nouvel article 1137 alinéa 2 exige certaines conditions pour qu'il y ait dissimulation intentionnelle. En effet, il précise que le silence est interdit si l'information dissimulée est déterminante pour le consentement de l'une des parties (2). Mais, le seul caractère déterminant de l'information dissimulée ne suffit pas pour invoquer un vice du consentement, il faut aussi que la rétention de l'information soit accompagnée d'une intention de tromper (1).

1. L'exigence d'une intention de tromper

Il ne peut y avoir de dissimulation intentionnelle et par ailleurs d'obligation d'information précontractuelle implicite que s'il y a au préalable une volonté de tromper le consentement de la victime. C'est cette intention de tromper qui permet de distinguer l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil de celle de l'article 1137, alinéa 2.

74. L'intention de tromper est une condition *sine qua non* de l'obligation d'information découlant de l'interdiction de la dissimulation intentionnelle. L'obligation d'information précontractuelle découlant de l'interdiction de la dissimulation intentionnelle n'est possible que s'il existe une intention de tromper de la part du détenteur de l'information. En l'absence d'intention de nuire à l'autre partie, on ne peut pas déduire que le détendeur de l'information avait une obligation d'information[400]. L'inexistence d'une intention de nuire

[400] M. Fabre-magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *art. cit.,* p. 706 ; B. Mercadal, « La réforme du droit des contrats », *ibid.,* §165 ; M. B. Aillaud,

empêche ainsi de sanctionner tout silence sur une information. Le caractère intentionnel constitue donc une condition *sine qua non* de l'existence de l'obligation d'information implicite. Il faut impérativement que l'intention de tromper l'autre partie soit prouvée. Il doit ainsi être établi que le rétenteur de l'information avait connaissance du caractère déterminant de l'information pour le consentement de son cocontractant[401]. L'importance de l'intention est ainsi rappelée de manière pléonastique par les nouveaux textes législatifs. En effet, le terme « dissimulation » implique nécessairement une volonté et l'ajout de l'expression « intentionnelle » fait doublement exiger une volonté de tromper dans la réticence dolosive[402]. Toutefois, avant d'arriver à cette solution, il faut noter qu'il y avait beaucoup de divergence au sein de la jurisprudence quant à l'exigence de l'intention de tromper dans la réticence dolosive[403]. Ce n'est qu'en 2005 que la Cour de cassation a mis fin à cette divergence en estimant très clairement que « le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci »[404]. Mais ce caractère intentionnel n'est pas exigé par les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, ce qui marque la différence entre les deux types d'obligations d'information précontractuelle.

75. L'intention de tromper distingue le devoir d'information explicite du devoir d'information implicite de l'article 1137, alinéa 2. C'est l'intention qui différencie l'obligation d'information de l'article 1112-1 de celle de l'article 1137, alinéa 2 du Code civil. Le devoir d'informer de l'article 1112-1 du Code civil n'exige pas une intention frauduleuse, le simple manquement suffit pour invoquer une faute précontractuelle alors que tel n'est pas le cas de l'obligation implicite d'information de l'article 1137, alinéa 2 du Code civil[405]. Cette

---

Droit des obligations, 13e éd., Bruylant, 2018, §304 ; G. Cattalano-cloarec, « Obligation d'information et réticence dolosive : une obscure clarté ? », in M. Latina (sous-dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, D., 2017, p. 39

401 Cass. com., 28 juin 2005, n° 03-16794 : Bull. civ. IV, n° 140 ; D. 2005. 2838, obs. S. Amrani Mekki ; RTD civ. 2005, p. 591, obs. J. Mestre B. Fages

402 B. Fages, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *art. cit.*, p. 529; Klein J., « Le consentement », *art. cit.*, p. 14 ; Au. Denizot, « La réticence dolosive avant 1958 », *RTD civ.,* 2015, p. 765

403 Cass. 1re civ., 19 janvier 1977, Kerrouche, Gaz. Pal. 1974. 2. 184 ; Bull. civ. I, n° 186 ; Cass. 1re civ. 13 mai 2003, D. 2003, AJ 2308, obs. V. Avena-Robardet; D. 2004. 262 note E. Mazuer ; RTD civ, 2003. 700, obs. J. Mestre, B. Fages, JCP 2003. I. 170, n° 1, obs. G. Loiseau

404 Cass. com., 28 juin 2005, n° 03-16794 : Bull. civ. IV, n° 140 ; D. 2005. 2838, obs. S. Amrani Mekki ; RTD civ. 2005, p. 591, obs. J. Mestre J, B. Fages

405 B. Mercadal, « La réforme du droit des contrats », *ibid.,* §165

distinction permet ainsi de consolider l'idée selon laquelle, il existe plusieurs types d'obligation d'information précontractuelle. En l'espèce, il y a une obligation d'information précontractuelle dont le manquement peut être sanctionné sans qu'il ait une intention de nuire et une autre obligation d'information qui repose sur le caractère intentionnel du manquement de l'obligation d'information. Il y a ainsi une distinction d'ordre psychologique entre l'obligation d'information explicite et l'obligation d'information implicite de l'article 1137, alinéa 2 du Code civil[406]. L'intention de nuire constitue de ce fait un élément essentiel dans la distinction entre les deux formes d'obligation d'information. En son absence, il n'est pas possible de défendre l'idée de coexistence d'obligations d'information entre l'article 1112-1 et l'article 1137, alinéa 2 du Code civil. Toutefois, il faut noter que le caractère intentionnel n'est pas le seul critère de distinction entre les deux obligations d'information, il y a aussi l'exigence d'un caractère déterminant de l'information dissimulée.

2. L'exigence d'un caractère déterminant de l'information dissimulée

En matière de devoir d'information précontractuelle, l'information dissimulée doit être déterminante pour le créancier. C'est la justification du caractère déterminant de l'information qui permet de déduire que la partie qui a gardé le silence avait une obligation d'information. L'appréciation du caractère déterminant de l'information dissimulée est clairement précisée par l'article 1130 du Code civil. Toutefois, même si l'on retrouve l'exigence d'information déterminante à la fois dans les deux types d'obligations d'information, il faut noter que leur appréciation est très différente.

76. L'appréciation du caractère déterminant de l'information se fait au regard des personnes et des circonstances dans lesquelles le consentement a été donné. En vertu des dispositions de l'article 1130, alinéa 2 du Code civil, le caractère déterminant de l'information dissimulée « s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ». La référence à la personnalité des parties et des circonstances contractuelles, conduit à une appréciation *in concreto*[407]. Au regard de la personnalité des parties, seront pris en considération pour apprécier le caractère déterminant de l'information dissimulée, la profession, l'âge, le sexe, l'état mental de la partie qui invoque le manquement à

[406] M. B. Aillaud, Droit des obligations, *op. cit.*, §303

[407] N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préf. H. Mazeaud, LGDJ, 1965, n° 285

une obligation d'information[408]. L'appréciation au regard des circonstances dans lesquelles le consentement a été donné permet de prendre en considération tous les éléments connexes à la conclusion du contrat. Ainsi, le rachat d'actions motivé par les difficultés que traverse la société et celui découlant d'une mésentente entre associés n'a pas les mêmes circonstances contractuelles. Dans la première situation, toutes les informations relatives à la santé économique de la société peuvent être considérées comme déterminantes[409]. Dans la seconde situation, cependant, ce sont les informations relatives aux relations fonctionnelles de la société qui sont déterminantes. Il a ainsi été jugé, dans le cadre d'une cession d'action, qu'il n'y avait pas une réticence dolosive, par conséquent pas de manquement à une obligation d'information précontractuelle. En effet, le cessionnaire « rompu aux affaires, était en mesure de connaître avant la signature du protocole cette circonstance et qu'aucun élément du débat n'établit que les cédants aient cherché, lors des pourparlers et de la conclusion du protocole, à lui dissimuler la réalité de la situation »[410]. Ces éléments d'appréciation du caractère déterminant de l'information sont tout à fait différents de ceux de l'obligation d'information précontractuelle de l'article 1112-1 du Code civil.

77. Il y a une différence dans l'appréciation du caractère déterminant de l'information entre les deux obligations d'information précontractuelle. L'expression caractère « déterminant » qui figure à la fois dans l'obligation d'information de l'article 1112-1 et dans l'article 1137 du Code civil n'évoque pas la même chose. En effet, celui de l'obligation d'information explicite appelle à une appréciation objective[411]. Il ne tient pas compte de la qualité des parties et des circonstances du contrat. Alors que celui de la réticence dolosive évoque une appréciation subjective. En effet, dans la dissimulation intentionnelle, le caractère déterminant de l'information s'apprécie au regard des personnes et des circonstances du contrat[412]. Dans l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil, l'information déterminante est présumée déterminante dès l'instant qu'elle a un rapport avec le contenu du

---

[408] J. Heinich, « L'erreur », in *Le Lamy Droit des contrats, op. cit.,* §622

[409] Cass. com., 30 janvier 1996, n° 93-21.210, RJDA 1996, n° 453 ; Cass. com., 28 mars 2000, n° 97-19.864 ; Cass. com., 13 février 2001, no 99-13.240 ; Cass. com., 24 mai 2017, n° 15-19.430, Bull. Joly Sociétés 2017, p. 654, note Th. Massart

[410] Cass. com., 11 mai 2017, n° 15-25.301, Bull. Joly Sociétés 2017, p. 515, note M. Buchberger, D. 2018, p. 371, obs. Mekki M ; voir aussi Cass. com., 12 avr. 2016, n°s 14-19.200, 14-20.529 et 14-20.844, D. 2017, p. 375, obs. Mekki M., Bull. Joly Sociétés 2016, p. 709, note E. Schlumberger, JCP E 2016, 1584, note Ph. Brunswick, Gaz. Pal. 28 oct. 2016, p. 74, obs. J-M. Moulin, Rev. sociétés 2016, p. 509, note K. Deckert, RTD civ. 2016, p. 612, obs. H. Barbier,

[411] J-J. Ansault, note sous Cass. com., 26 avril 2017, n° 11-25.941, « De la nécessité de démontrer le caractère déterminant d'une réticence dolosive », *Rev. Sociétés,* 2017, p. 700

[412] *Supra* §74 et s.

contrat ou la qualité des parties[413]. Ainsi, quelles que soient les parties ou les circonstances de la délivrance du consentement, l'information ne peut qu'être déterminante. Alors que dans la réticence dolosive, le caractère déterminant varie en fonction des parties et des circonstances en cause, comme le dit l'article 1130 du Code civil. Une information peut ainsi être considérée comme déterminante dans le cadre d'une obligation d'information de l'article 1137, alinéa 2 alors qu'elle ne l'est pas en application des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. Mais également, la simple rétention d'un fait pertinent n'entraîne pas d'office la qualification d'information déterminante au sens de la dissimulation intentionnelle[414]. Une information peut être déterminante sans qu'elle soit susceptible d'influencer le consentement du cocontractant. Cette distinction se vérifie aisément en comparant les sanctions des deux devoirs d'information[415]. Pour les informations déterminantes pour le consentement, la sanction c'est la nullité et/ou l'allocation de dommages et intérêts alors que dans le cadre des informations déterminantes au sens de l'article 1112-1 du Code civil, la simple rétention de l'information ne peut conduire qu'à l'allocation de dommages et intérêts. Mais, les liens entre ces deux obligations d'information ne sont pas qu'autonomes. La dissimulation intentionnelle est nécessairement subordonnée à l'existence d'un devoir d'information précontractuelle.

B. La dissimulation intentionnelle, une obligation d'information implicite

Le rapport adressé au président de la République au lendemain de l'adoption de l'ordonnance réformant le droit des contrats soutient que l'article 1137, alinéa 2 du Code civil « fait le choix de ne pas subordonner la réticence dolosive à l'existence d'un devoir d'information… ». Mais cette affirmation n'est pas fondée. Il ne peut pas y avoir de dissimulation intentionnelle sans obligation d'information précontractuelle. D'ailleurs, le projet d'ordonnance avait lié la dissimulation intentionnelle aux dispositions de l'article 1112-1 du Code civil en estimant que celle-ci doit découler d'une information qui devait être fournie « conformément à la loi ». Ce lien a été rompu par la rédaction finale de l'ordonnance[416]. Toutefois, une analyse approfondie de l'article 1137, alinéa 2 du Code civil fait ressortir que la dissimulation intentionnelle ne peut porter que sur une information déterminante comme dans l'obligation d'information de l'article

[413] *Supra* §36
[414] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *op. cit.* §170
[415] M. Fabre-magnan, *Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral*, *ibid.,* §370
[416] F. Chénedé, « La réforme du droit des obligations et le dialogue des chambres : vers de justes compromis ? », *AJ contrats* 2018, p. 25

1112-1 du Code civil (1). Or, c'est ce qu'entend interdire l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil et celle découlant de l'article 1137, alinéa 2 (2).

1. L'application des conditions de l'obligation d'information à la dissimulation intentionnelle

La dissimulation intentionnelle n'est interdite que si elle porte sur une information déterminante pour le consentement de la victime. Or, l'obligation de délivrer à son futur cocontractant toutes les informations déterminantes pour son consentement constitue une condition incontournable de l'obligation d'information précontractuelle. En effet, le fait générateur de l'obligation d'information c'est la connaissance d'une information inconnue de l'autre partie, mais également la connaissance de l'influence de cette information sur le consentement de la victime[417].

78. La méconnaissance par la victime de l'information dissimulée constitue une condition de l'obligation d'information. La victime de la dissimulation intentionnelle ne doit pas connaître l'information qu'on lui a cachée au moment de l'échange des consentements. C'est parce qu'elle ignore l'information que l'autre partie a décidé de ne pas la renseigner. Le même principe existe dans le cadre de l'obligation d'information explicite définie à l'article 1112-1 du Code civil. En effet, il est prévu dans cet article que ne peut être créancier d'une obligation d'information que la partie qui ignore légitimement l'information détenue par le débiteur[418]. Il y a là ainsi une similitude de conditions pesant sur le créancier de l'obligation d'information, mais également de celles pesant sur le débiteur. En effet, en ce qui concerne le débiteur, on retrouve les mêmes conditions de faits générateurs de l'obligation d'information que celles de l'article 1112-1 du Code civil. Il doit dans un premier temps connaître l'information qui intéresse le consentement du créancier avant de décider de la dissimuler dans un second temps. Il n'y a pas de différence chez le créancier également. Il ne peut s'estimer victime d'une dissimulation intentionnelle que s'il ne connaissait pas l'information dissimulée ou n'avait pas la possibilité de se renseigner facilement. Il ne peut pas donc y avoir de dissimulation intentionnelle si au préalable le rétenteur de l'information n'avait pas une obligation d'information précontractuelle. Cette connexion de l'obligation d'information de

[417] *Supra* §17 et s.
[418] *Supra* §26

l'article 1112-1 à la dissimulation intentionnelle se manifeste également avec une autre condition du devoir d'information.

79. La connaissance de l'influence de l'information dissimulée sur le consentement de la victime constitue une autre condition de l'obligation d'information. Dans la dissimulation intentionnelle, le rétenteur de l'information décide de ne pas renseigner la victime qu'à partir du moment où il sait l'influence que peut avoir l'information sur le consentement de celle-ci. C'est parce qu'il sait qu'en délivrant l'information, il ne pourra plus exploiter l'ignorance de la victime qu'il décide de se taire. Cette condition de connaissance de l'influence de l'information sur le consentement de la victime par le débiteur existe également dans l'obligation d'information précontractuelle de l'article 1112-1 du Code civil[419]. Ainsi, dès l'instant qu'on constate une similitude des conditions entre la dissimulation intentionnelle et l'obligation d'information, il est possible de soutenir qu'il y a une corrélation entre les deux contrairement à ce qu'affirme le rapport au président de la République. Par conséquent, il existe une autre forme d'obligation d'information précontractuelle dans les dispositions de l'article 1137, alinéa 2 distincte de celle de l'article 1112-1 du Code civil. C'est pourquoi il est possible d'affirmer que l'interdiction de la dissimulation intentionnelle constitue une autre forme d'obligation d'information précontractuelle.

2. L'interdiction de la dissimulation intentionnelle, une autre forme d'obligation d'information

Historiquement, l'obligation d'information précontractuelle a toujours été rattachée à l'interdiction d'une dissimulation intentionnelle[420]. Les juges se sont toujours fondés sur la réticence dolosive pour sanctionner les partenaires qui n'éclairaient pas le consentement de leur cocontractant. L'obligation d'information dépendait donc entièrement de la réticence dolosive. Avec la consécration de la dissimulation intentionnelle dans le Code civil, on oblige les parties à respecter une autre forme d'obligation d'information précontractuelle distincte de celle prévue par l'article 1112-1 du Code civil.

80. Interdire la dissimilation intentionnelle, c'est obliger les parties à respecter une obligation d'information précontractuelle. Interdire une partie au contrat à garder le silence

[419] *Supra* §19 et s.

[420] B. Fages, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *art. cit.*, p. 529

revient à l'obliger à parler[421]. S'il est interdit à une partie de dissimuler une information déterminante pour le consentement de son cocontractant, c'est qu'implicitement elle a l'obligation de révéler le fait à son partenaire[422]. L'obligation consiste à ne pas laisser le cocontractant dans son ignorance, il faut le « détromper »[423] et on ne peut y arriver qu'en communiquant très clairement le fait intéressant le consentement de la partie ignorante. C'est cette obligation de « détromper » qui caractérise l'existence d'une autre forme d'obligation d'information distincte de celle prévue à l'article 1112-1 du Code civil. La doctrine exprime très bien ce doublement des obligations d'information. Ainsi, si certains estiment que la consécration de la réticence dolosive constitue « un second renvoi à l'obligation d'information »[424] de l'article 1112-1 du Code civil, d'autres estiment que la dissimulation intentionnelle est une obligation d'information qui se cache derrière celle exprimée expressément par la réforme[425]. Ainsi, peu importent les conséquences que cette obligation d'information suscitera dans l'avenir, ce qui compte aujourd'hui, c'est que l'interdiction de la dissimulation d'une information déterminante est une autre forme de l'obligation d'information précontractuelle. Maintenant qu'on sait que l'interdiction de la dissimulation intentionnelle est une autre forme d'obligation d'information, il faut s'intéresser à ses apports dans l'intégrité du consentement par rapport au devoir d'information de l'article 1112-1 du Code civil.

---

[421] M-H., De Laender, *Droit des contrats*, Archétype82, 2020, p. 60 ; M. Poumarède, *Droit des obligations*, 3e éd., LGDJ, 2014, §303

[422] C. Grimaldi, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon… » *art. cit.* p. 1009 ; P. Chauvel, « Dol », *Rép. civ.* D. 2017*,* §49 ; M. Fabre-magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *art. cit.*, p. 706 ; S. Le Gac-Pech, « Réticence dolosive et violation d'une obligation précontractuelle d'information : un dispositif de droit commun insuffisamment protecteur du consommateur », *art. cit.* p.1403 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, *op. cit.,* §286 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit*., §283-1 ; cass. com. 8 novembre 2016, n° 14-29.884, Gaz. Pal., 2017, n° 1, p. 27 obs. D. Houtcieff, D., 2017, p. 375, obs. M. Mekki ; Buffelan-Lanore (Y.) et Larribau-Terneyre (V.), *Droit Civil : Les obligations,* Sirey, 18e éd., 2022, §1165 ; S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit Européen*, *op. cit.,* §107 ; M. Caffin-Moi « Les vices du consentement », *in* Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats, Actes prat. ing. sociétaire 147/2016, p. 5, spéc. no 240 ; J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §538

[423] P. Chauvel, « Dol », *ibid.* §81

[424] S. Le Gac-Pech, « Réticence dolosive et violation d'une obligation précontractuelle d'information : un dispositif de droit commun insuffisamment protecteur du consommateur », *art. cit.*. p.1403

[425] C. Grimaldi, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon… », *art. cit.* p. 1009

§2 : L'apport de l'interdiction de la dissimulation intentionnelle à l'intégrité du consentement des parties

Le véritable enjeu de l'existence d'une obligation d'information précontractuelle à l'article 1137, alinéa 2, est de savoir ce qu'elle peut apporter à l'intégrité du consentement des parties au regard du devoir d'information de l'article 1112-1 du Code civil. Ainsi, une analyse de l'article 1137, alinéa 2 permet de constater que l'obligation d'information découlant de la dissimilation intentionnelle a un domaine d'application beaucoup plus large que l'obligation d'information exprimée par les dispositions de l'article 1112-1 (A). Toutefois, le champ d'application de l'obligation d'information implicite de l'article 1137, alinéa 2 n'étant pas clairement défini par le législateur, il convient de relativiser son étendue par rapport au devoir d'information explicite de l'article 1112-1 (B).

A. L'interdiction de la dissimulation intentionnelle, une obligation d'information illimitée

Plusieurs éléments permettent d'affirmer que l'obligation d'information tirée de l'interdiction de la dissimulation intentionnelle a un champ d'application plus large que celle du devoir d'information de l'article 1112-1 du Code civil. L'absence de définition de la notion d'information déterminante dans l'article 1137 permet de penser qu'il peut y avoir des données non déterminantes en application de l'article 1112-1 alors qu'elles le sont avec l'article 1137 du Code civil (1). En outre, contrairement aux dispositions de l'article 1112-1, l'obligation d'information implicite de l'article 1137, alinéa 2 n'exige pas une ignorance légitime de la victime pour que le manquement à l'obligation d'information puisse être sanctionné (2)[426].

1. L'absence de définition de la notion d'information déterminante dans la dissimulation intentionnelle

Dans l'obligation d'information explicite, le domaine des informations déterminantes est clairement délimité par le législateur. Seules les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties doivent être renseignées[427]. Alors que, dans

[426] L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, *op. cit.,* §189
[427] *Supra* §38 et s. ; §42 et s.

l'obligation d'information implicite tirée de la dissimulation intentionnelle, le champ des informations déterminantes n'est pas délimité. On sait juste que le caractère déterminant de l'information doit être apprécié en tenant compte de la qualité des parties et des circonstances du contrat. Dès lors, des éléments exclus du champ d'application de l'article 1112-1 du Code civil, notamment les motifs contractuels et les changements de circonstances imprévisibles, peuvent entrer techniquement dans celui de l'article 1137 du Code civil.

81. Les simples motifs du contrat peuvent être considérés comme des informations déterminantes en vertu de l'obligation d'information de l'article 1137, alinéa 2. Faute de délimitation, l'obligation d'information de l'article 1137 du Code civil peut porter sur des éléments qui n'ont aucun lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. C'est ainsi qu'un simple motif du contrat, qui ne peut avoir de lien avec le contenu du contrat, entre dans le champ d'application de l'article 1137, alinéa 2[428]. Avec l'obligation d'information de l'article 1137, alinéa 2, les manquements portant sur de simples motifs du contrat peuvent entraîner une erreur chez la victime et par conséquent vicier son consentement[429]. En effet, en vertu des dispositions de l'article 1139 du Code civil, l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable même si elle porte sur de simples motifs du contrat. Ce qui laisse entendre que la personne qui ne renseigne pas la victime sur les motifs contractuels manque à son obligation d'information précontractuelle. Les motifs sont les mobiles qui ont poussé l'une des parties à contracter[430]. Ainsi, toute dissimulation intentionnelle sur les mobiles, entraînant une erreur chez l'une des parties, est considérée comme un vice du consentement. C'est pourquoi, dès lors que l'une des parties sait que les motifs contractuels peuvent exercer une influence décisive sur le consentement de l'autre partie, elle est tenue de l'en informer. À défaut, son silence viciera le consentement de son partenaire à travers une erreur sur les motifs. Cette extension de l'obligation d'information de l'article 1137 du Code civil aux simples motifs du contrat pouvait être exclue de la dissimulation intentionnelle au moment de la ratification comme le législateur l'a fait avec la valeur de la prestation[431]. Par conséquent, il est tout à fait possible d'inclure les simples motifs dans le domaine de la dissimilation intentionnelle, confirmant dès lors le caractère plus large de l'obligation d'information implicite de l'article

[428] P. Chauvel, « Dol », *op. cit.,* § 49

[429] C. Grimaldi, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon… », *art. cit.*, p. 1009

[430] F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, F. Chénedé, *Droit civil : les obligations*, *op. cit.*, §287

[431] Fages B., « La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification du 20 avril 2018 », *RDC* 2018, Hors-série, p. 15

1137, alinéa 1 du Code civil par rapport au devoir d'information de l'article 1112-1 du même Code.

82. Le changement de circonstances imprévisibles germant lors de l'échange des consentements et influençant la formation du contrat est une information déterminante en vertu de l'obligation d'information de l'article 1137, alinéa 2. Sur le fondement de l'article 1112-1 du Code civil, un changement de circonstance imprévisible naissant au moment de la formation du contrat peut ne pas être considéré comme une information déterminante[432]. Il peut être vu comme n'ayant pas de lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat. En l'espèce, la notion de changement renvoie à tous les éléments qui gravitent autour du contrat au moment de la formation de ce dernier et qui pourraient altérer sa formation. Les circonstances n'entrent donc pas dans le contenu du contrat. Elles sont logées hors du contrat, mais peuvent avoir un impact dans le contrat plus tard. Or, l'obligation d'information explicite ne tient pas compte des circonstances du contrat en définissant l'information déterminante. Cependant, dans l'obligation d'information implicite, l'information déterminante se détermine en fonction des circonstances en cours au moment de la formation du contrat. Un fait imprévisible peut ainsi ne pas entrer dans le contenu du contrat, mais les circonstances dans lesquelles le consentement a été donné font qu'il soit considéré comme déterminant.

Par exemple dans un contrat de franchise, le risque de concurrence que peut subir le franchisé peut être considéré comme un fait circonstanciel[433]. Si le risque avait été connu du franchiseur lors de la formation du contrat, il devait le notifier au franchisé en vertu de l'article 1137 du Code civil. Alors qu'en vertu de l'article 1112-1 du Code civil, le débiteur n'est pas tenu d'informer le créancier du risque de concurrence même prévisible puisque cette information est extérieure au contenu du contrat projeté. D'ailleurs, ce genre d'information doit obligatoirement être délivré en droit de la distribution en vertu de l'article L.330-3 du Code de commerce qui précise que le débiteur doit informer le créancier sur « l'état et les perspectives de développement du marché concerné »[434]. Outre l'absence de délimitation de la notion d'information déterminante, le défaut d'exigence d'ignorance légitime par la victime accentue le caractère plus large de l'obligation d'information implicite par rapport à l'obligation d'information explicite.

---

[432] J. Heinich, Le droit face à l'imprévisibilité du fait, *op. cit.*, §17

[433] H. Barbier, note sous Cass. com., 21 juin 2016, n° 15-10.029, « Changement de circonstances imprévisible et formation du contrat », *RTD Civ.,* 2016, p. 611 ; C. Grimaldi, S. Méresse, O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise, op. cit.,* §106

[434] *Infra* §169 et s.

2. L'absence d'exigence d'ignorance légitime de l'information dans la dissimilation intentionnelle

Pour être victime d'une dissimilation intentionnelle, il n'y a pas d'obligation pour le créancier de l'obligation d'information de méconnaître légitimement l'information dissimilée. C'est la différence fondamentale entre l'obligation d'information de l'article 1112-1 et celle de l'article 1137, alinéa 2 du Code civil. Cette différence permet ainsi au créancier de s'estimer victime d'une dissimilation intentionnelle, peu importe la légitimité de son ignorance.

83. Il y a obligation d'information sur le fondement de la dissimulation intentionnelle même si l'ignorance de la victime est illégitime. En matière de dissimulation intentionnelle, le créancier n'a pas besoin d'être dans une ignorance légitime pour revendiquer l'exécution d'une obligation d'information[435]. Dès que les conditions de la réticence dolosive sont réunies, notamment le silence et l'intention de tromper, il n'est plus nécessaire de rechercher si la victime du dol avait une obligation de s'informer ou a négligé de s'informer. Cette assertion se justifie par le fait que l'article 1139 du Code civil dispose que l'erreur qui résulte d'un dol est excusable. Il s'agit là d'une présomption irréfragable. En effet, peu importe le caractère inexcusable de celle-ci, il y a faute de la part du rétenteur de l'information. Pour s'en convaincre, il faut faire une analyse de proportionnalité de la gravité des fautes. On estime que la faute du rétenteur de l'information est plus grave que celle de la victime. En effet, si le défaut de s'informer ne nuit qu'au créancier, le défaut pour le débiteur d'informer nuit à autrui[436]. C'est pourquoi la négligence de la victime est effacée par la faute du rétenteur de l'information[437]. Dès lors, dans le cadre de l'obligation d'information découlant de la réticence dolosive, il n'y a pas une obligation de s'informer de la part du créancier. Par conséquent, il n'y a pas non plus de limites dans cette obligation d'information précontractuelle contrairement à celle qui est prévue aux dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. L'obligation

[435] D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit*., §327-1 ; J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §538 ; O. Deshayes, « La formation du contrat », *RDC* 2016, n° hors-série, p. 21 et s.

[436] J-F. Hamelin, « Les devoirs de se renseigner et d'information », *in Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : analyse et propositions*, sous la dir. de M. Latina et G. Chatepie, *art. cit.,* p. 25

[437] J. Ghestin, « "La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée" : une règle de nature à induire en erreur ? », *JCP G*, 2012, n° 28, p. 812

d'information tirée de la réticence dolosive apporte ainsi plus de protection aux créanciers d'une obligation d'information[438].

84. La jurisprudence estime qu'il y a une dissimulation intentionnelle malgré le caractère illégitime de l'ignorance de la victime. Depuis un arrêt du 21 février 2001, la Cour de cassation a décidé que la « réticence dolosive, à la supposée établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée[439] ». La Cour de cassation a réitéré sa position en 2016[440]. Il s'agissait dans cette affaire d'un kinésithérapeute qui avait acquis, à l'aide d'un crédit-bail, un appareil d'épilation à lumière pulsée auprès de la société Fabrication de matériels électroniques (FME) devenue BME France. L'acheteur ayant su par la suite que ce type de matériel ne peut être utilisé que par les médecins selon la réglementation, il assigne en nullité pour dol le vendeur. Il est débouté par les juges du fond qui ont estimé qu'il lui appartenait de connaître les activités réservées aux médecins et celles qui sont autorisées aux kinésithérapeutes. Mais auprès de la Cour de cassation, le kinésithérapeute a obtenu gain de cause en ces termes : « la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée, et qu'en l'espèce, la circonstance que [le kinésithérapeute] aurait dû savoir, en tant que professionnel, qu'il n'était pas autorisé à utiliser la lumière pulsée n'excluait pas l'existence d'un dol de la part de la société BME France ».

Cette position de la jurisprudence a conduit certains auteurs à dire que la Cour a posé une déconnexion entre l'obligation d'information précontractuelle et la réticence dolosive. Ils estiment que dès l'instant qu'il n'est pas exigé une ignorance légitime de la victime, la dissimilation intentionnelle se démarque de l'obligation d'information précontractuelle[441]. Toutefois, cette position n'est pas partagée par tous les auteurs. En effet, un auteur soutient que la Cour de cassation n'a déconnecté nullement l'obligation d'information de la réticence dolosive. Il souligne qu'au contraire elle concilie les deux puisque dans l'obligation d'information, l'appréciation de l'obligation d'informer et celle de s'informer se font simultanément. Cette même procédure se retrouve dans la réticence dolosive, mais à la seule différence que si l'intention de tromper est établie, elle modifie l'appréciation en faveur de la victime[442]. Aujourd'hui, ce débat n'existe plus puisque l'article 1139 du Code civil prévoit

---

[438] J. Ghestin, « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *JCP G,* 2011, n° 24, p. 703 ;

[439] Cass. 3e civ., 21 février 2001 - n° 98-20.817 ; J. Ghestin JCP G 2011, n° 24, 703

[440] Com. 8 mars 2016 n° 14-23.135, H. Barbier *RTD civ.* 2016. 612

[441] J. Mouly, « une règle de nature à induire en erreur « la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *D*. 2012, p. 1346.

[442] J. Ghestin, « « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée » : une règle de nature à induire en erreur ? », *art. cit.,* p. 812

expressément que l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable. Autrement dit, la faute du débiteur de l'information efface la négligence du créancier de ne s'être pas renseigné. Ce qui permet de consolider le caractère plus large de l'obligation d'information implicite de l'article 1137, alinéa 3 par rapport à l'obligation d'information de l'article 1112-1. Toutefois, il faut relativiser ce constat.

B. L'interdiction de la dissimulation intentionnelle, une obligation d'information illimitée à relativiser

Le caractère plus large de l'obligation d'information découlant de la dissimulation intentionnelle par rapport à l'obligation d'information de l'article 1112-1 n'est pas absolu. Il doit être relativisé au regard de certaines situations. En effet, il peut arriver que l'obligation d'information explicite soit plus large que celle de l'article 1137, alinéa 2 du Code civil (1). Par ailleurs, il n'est pas contesté que l'article 1112-1 du Code civil régissant l'obligation d'information explicite est un texte général. C'est à travers elle que doivent être appréhendées toutes les autres obligations d'information précontractuelle (2).

1. Le caractère plus étendu de l'obligation d'information explicite par rapport à la dissimulation intentionnelle

L'absence de subordination de la dissimulation intentionnelle à l'obligation d'information précontractuelle de l'article 1112-1 du Code civil permet de constater qu'il peut y avoir manquement à un devoir d'information sans pour autant qu'il y ait une dissimulation intentionnelle si l'on se fonde sur la preuve de l'intention de nuire.

85. Le devoir d'information devient plus large que la dissimulation intentionnelle si la victime ne peut pas rapporter la preuve du caractère intentionnel du silence. Cette situation advient lorsque la victime d'un manquement à une obligation d'information précontractuelle ne peut pas rapporter la preuve de l'intention de nuire de son cocontractant[443]. Pour rappel, la dissimulation intentionnelle ne peut être sanctionnée que si la partie qui a gardé le silence l'a fait intentionnellement. En effet, comme on le verra plus loin, dans le cadre de la réticence dolosive, c'est à la victime du silence de rapporter la preuve du défaut d'exécution de l'obligation d'information précontractuelle contrairement à ce qui est prévu dans le devoir

[443]J. Heinich, « Le dol », in *Le Lamy Droit des contrats, Wolters Kluwer*, 2022, §650

d'information de l'article 1112-1 du Code civil[444]. Or dans le cas d'espèce, il y a certes un silence sur une information déterminante, mais la preuve du caractère intentionnel du silence ne peut pas être rapportée par la partie qui invoque le dol. Ainsi pour éviter d'être lié par un contrat qui n'a pas été valablement consenti, la victime n'a qu'un seul choix : invoquer le manquement à une obligation d'information précontractuelle sur le fondement de l'article 1112-1 du Code civil. Toutefois, l'invocation de cette disposition ne peut pas lui permettre d'obtenir la nullité du contrat. Le simple manquement à une obligation d'information ne peut donner lieu qu'à des dommages et intérêts[445]. Ce qui permet donc d'affirmer que le champ de l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil peut être plus large que celle de l'article 1137, alinéa 3 du même Code dès lors que la preuve du caractère intentionnel de l'auteur de la faute ne peut pas être rapportée. Mais, en plus de cette situation, le caractère général de l'article 1112-1 du Code civil peut lui permettre d'avoir un champ d'application plus important que l'article 1137, alinéa 3 du Code civil.

2. Le caractère incontournable du rattachement de la dissimulation à l'obligation d'information

La première impression qu'on peut avoir après une lecture comparée des articles 1112-1 et 1137, alinéa 2 du Code civil, c'est leur similitude dans leur finalité. Le premier, exige la délivrance à son cocontractant de toutes les informations déterminantes dont on a la connaissance et le second interdit toute forme de silence sur des informations déterminantes vis-à-vis du cocontractant. L'un oblige, l'autre interdit, mais ils recherchent tous le même résultat : l'intégrité du consentement des parties avant la conclusion du contrat[446]. Mais, la lecture du rapport adressé au président de la République[447] au lendemain de la réforme, estimant que la réticence dolosive n'est pas subordonnée à l'existence d'un devoir d'information, peut conduire à dissocier l'article 1112-1 de l'article 1137, alinéa 2 du Code civil[448]. Toutefois, une lecture indépendante et approfondie des deux textes peut permettre de conclure que l'article

[444] *Infra* §133 et s.
[445] *Infra* §149 et s.
[446] *Supra* §80
[447] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, NOR : JUSC1522466P, JO 11 février 2016
[448] *Supra* §85

1112-1 est un texte général au regard duquel l'interdiction de la dissimulation intentionnelle doit être appréhendée.

86. L'article 1112-1 est un texte pilote autour duquel doivent s'ordonner les dispositions relatives à la dissimulation intentionnelle. S'il s'agissait d'une articulation entre droit commun et droit spécial, on pourrait dire que le devoir d'information de l'article 1112-1 est le texte de droit commun et l'article 1137, alinéa 2, le texte de droit spécial[449]. Ainsi, les conditions d'application de l'article 1112-1 du Code civil régissant l'obligation d'information peuvent être étendues à la dissimulation intentionnelle s'il n'y a pas d'incompatibilité[450]. Même si l'on n'est pas dans cette situation, l'article 1112-1 du Code civil doit être considéré comme un texte pilote par rapport à l'article 1137 du Code civil. En effet, ce que le législateur interdit dans les dispositions de l'article 1137 du Code civil est la même chose qu'il tente d'éviter dans l'article 1112-1 du Code civil, à la différence que ce dernier a un champ d'application beaucoup plus précis. Ainsi, puisque les deux textes veillent à l'intégrité du consentement des parties, il est tout à fait possible de puiser dans l'article 1112-1 du Code civil pour compléter l'article 1137[451]. Cette approche permettra de ne pas retenir la dissimulation intentionnelle dès lors que l'ignorance de la victime n'est pas légitime. Au même titre que l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil, l'accès à l'information par la victime du silence même intentionnel ne pourrait plus être sanctionné[452], l'ignorance sera qualifiée d'illégitime[453].

Par ailleurs, la notion d'information déterminante pourrait être appréhendée au regard de la délimitation fixée par l'article 1112-1 du Code civil à savoir aux seules informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu ou la qualité des parties[454].

En définitive, il faut noter qu'en plus de l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil, il existe une autre obligation d'information que l'on peut tirer de l'interdiction de la dissimulation intentionnelle. Malgré l'autonomie de leurs conditions d'application, ces deux obligations d'information ont le même objectif : assurer l'intégrité du consentement des parties. Mais une lecture comparative des lettres des deux textes permet de constater que l'obligation

---

[449] *Infra* §169 et s.

[450] *Infra* §256 et s.

[451] C. Grimaldi, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon… », *art. cit.*, p. 1009

[452] Cass. 3e civ., 10 mai 2001, n° 99-18.372 : JurisData n° 2001-009537

[453] J. Ghestin, « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *art. cit.,* p. 703; J. Mouly « la réticence dolosive suppose, mais ne rend pas excusable l'erreur de l'autre partie », *JCP G* 2012, n° 38, p. 981 ; M. Mekki, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *art. cit.*, p. 15

[454] *Supra* §36

d'information de l'article 1137 a un champ d'application plus vaste au regard de son caractère illimité. Cependant, cette approche ne doit pas empêcher de voir que pour assurer la cohérence entre les deux textes et que surtout pour préserver la sécurité juridique, l'article 1112-1 du Code civil régissant le devoir d'information doit être considéré comme un texte central dans l'application de toutes autres formes d'obligation d'information et plus particulièrement l'obligation d'information implicite de l'article 1137, alinéa 2.

Maintenant qu'on sait que la dissimulation intentionnelle est une forme d'obligation d'information implicite, on peut se demander aussi si la bonne foi n'en est pas une autre aussi.

Section 2 : L'obligation d'information tirée de la bonne foi

La notion de bonne foi est très difficile à cerner quant à sa définition et à ses limites[455]. Elle reste encore une notion à explorer. C'est pourquoi on pense qu'elle peut encore continuer d'être une source d'obligation d'information précontractuelle malgré la consécration de cette dernière dans le Code civil. D'ailleurs, depuis la réforme du droit des contrats de 2016, la bonne foi s'est vu reconnaître son caractère universel dans une disposition liminaire après que la loi d'habilitation de 2015 l'ait qualifiée de « principe général du droit des contrats »[456]. Pour mieux appréhender la bonne foi, la doctrine distingue la bonne foi subjective ou négative de la bonne foi objective ou positive[457] et assimile cette dernière à la loyauté[458]. La loyauté est le fait de susciter une confiance envers son contractant alors que la confiance c'est le fait de croire à la loyauté de son cocontractant[459]. L'objectif de la loyauté dans les relations contractuelles c'est de faire naître entre les parties une relation de confiance[460]. Cette naissance de confiance est très avantageuse pour les parties dans la mesure où elle oblige la partie qui détient une

[455] N. Balat, « Observations sur la bonne foi en droit des contrats à la veille de la réforme », *RD d'Assas*, 2016, n° 12, p. 59

[456] B. Cressard, « Contrat de franchise et bonne foi », *AJ Contrat,* 2017, p. 163 ; M. Fabre-Magnan, « Réforme du droit des contrats : « Un très bon projet », *JCP G*, n° 43, 2008, doctr. p. 199

[457] Dans le cadre de l'obligation d'information précontractuelle, la bonne foi subjective consiste à ignorer en toute bonne foi une information déterminante pour le consentement de son cocontractant. Elle est négative parce que la partie de bonne foi ne pose pas d'actes positifs envers son cocontractant. La bonne foi objective renvoie une partie qui exécute en toute bonne foi son obligation.

[458] N. Balat, « Observations sur la bonne foi en droit des contrats à la veille de la réforme », *art. cit.*; J-J. Caussain, « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit français », *Gaz. Pal.*, 2000, n° 340, p. 66

[459] M. Nussenbaum, « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté », *Gaz. Pal.,* 2012, n° 145, p. 34

[460] M. Nussenbaum, « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté », *loc. cit.*

information déterminante pour le consentement de l'autre partie de la lui livrer. C'est pourquoi il est intéressant de s'interroger sur le lien entre le devoir de bonne foi et l'obligation d'information précontractuelle (§1) avant de rechercher l'apport de la bonne foi dans l'intégrité du consentement des parties (§2).

§1 : L'exigence de la bonne foi dans la phase précontractuelle

L'obligation d'information était implicite avant la réforme. Pour sanctionner le manquement à un devoir d'information avant 2016, les juges se référaient à la bonne foi[461] alors que celle-ci ne couvrait légalement que l'exécution des contrats. Aujourd'hui, malgré la dissociation de la bonne foi de l'obligation d'information, celle-ci reste toujours une exigence précontractuelle que les parties à un contrat doivent respecter (A). C'est cette autonomie de la bonne foi qui permet donc de penser qu'elle peut rester encore un fondement implicite de l'obligation d'information précontractuelle (B).

A. La bonne foi, une exigence précontractuelle autonome

Les nouvelles dispositions de l'article 1104 du Code civil disposent que le contrat doit être négocié, formé et exécuté de bonne foi. La réforme étend ainsi explicitement l'exigence de la bonne foi dans la phase précontractuelle. Cette extension permet désormais à la bonne foi de transcender le contrat en toute légalité. Qualifiée de principe directeur par la loi d'habilitation[462], la bonne foi est, de son caractère universel[463], un principe général en droit des contrats (1). Ce nouveau rôle de la bonne foi, ne doit pas faire oublier qu'elle est avant tout une règle matricielle sur le fondement duquel découlent plusieurs exigences précontractuelles (2).

1. La bonne foi, un principe directeur en droit des contrats

Le projet de réforme de la chancellerie de 2008 avait qualifié la bonne foi de principe directeur[464] avant de revenir en arrière dans le projet 2009 à la suite de nombreuses critiques de

[461] S. Le Gac-Pech, « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », *art. cit.* n°97 ; S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit Européen*, *op. cit.,* §102

[462] Loi d'habilitation n° 2015-177 du 16 février 2015

[463] B. Cressard, « Contrat de franchise et bonne foi », *art. cit.*, p. 163

[464] Article 18 du Projet de réforme du droit des contrats, Chancellerie, 2008

la doctrine[465]. Malgré ce recul de la chancellerie, la loi d'habilitation avait demandé au gouvernement de réformer le droit des contrats en insérant dans le Code civil des principes généraux comme la bonne foi[466]. Malheureusement, le gouvernement n'a pas suivi. Toutefois, il a décidé de placer la bonne foi, la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat en tête du droit des contrats, comme pour dire que le nouveau droit des contrats doit se lire et s'appliquer à la lumière de ces trois règles. Ce qui a permis à certains auteurs de voir dans la bonne foi un principe général en droit des contrats tant à propos de sa transversalité qu'à propos de sa portée[467].

87. La transversalité de la bonne foi permet d'affirmer qu'elle est un principe général en droit des contrats. Un principe[468] est une règle qui s'applique en premier dans une situation juridique donnée[469]. Ainsi, si la bonne foi est un principe général en droit des contrats, elle s'applique avant toute autre règle contractuelle. Dans le nouveau Code civil, la primauté de la bonne foi s'analyse aussi bien sur son emplacement que sur sa transversalité. Située au front des dispositions contractuelles, à l'article 1104, la bonne foi illumine tout le contrat[470]. Elle est la base, l'épine dorsale de toutes les dispositions régissant le contrat[471]. Ce constat est d'autant

---

[465] A. Ghozi, Y. Lequette, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie », *ibid,* p. 2609 ; L. Leveneur, « Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : à améliorer », *ibid.,* repère 10 ; R. Cabrillac, « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », *ibid,* n° 190 ; *adde :* J. Ghestin, « Observation préliminaire », *LPA* 2009, nº 31, p. 5 ; voir cependant en leur faveur notamment : M. Fabre-Magnan, « Critique de la notion de contenu du contrat », *op. cit.*, p. 639 ; P. Jourdain, « Rapport français », in *La bonne foi*, travaux de l'Association Henri Capitant, *litec*, 1992, p. 123 ; S. Le Gac-Pech, « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? » *art. cit.* n° 97 ; H. Barbier, note sous Cass. 3e civ., 14 septembre 2017, n° 16-18.840, « Le devoir de bonne foi n'est pas évincé par le droit spécial », *RTD civ.,* 2017 p. 858 ; M. Mekki, « Droit des contrats », *D*. 2018, p. 371

[466] L'article 8 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures

[467] M. Mekki, « Droit des contrats », *D.* 2018 p.371 ; J. Moury, note sous Cass. com., 17 janvier 2018, n° 16-14.914 ; n° 16-15.022, « Cession d'actions : l'articulation du devoir d'information avec le dol et la bonne foi », *art. cit.,* p. 715 ; Y-M. Laithier, « La consécration par la Cour suprême du Canada d'un principe directeur imposant l'exécution du contrat de bonne foi », *D.* 2015, p. 746 ; H. Barbier, note sous Cass. 3e civ., 14 septembre 2017, n° 16-18.840, « Le devoir de bonne foi n'est pas évincé par le droit spécial », *art. cit.,* p. 858 ; H. Barbier, note sous Cass. com., 27 mars 2019, n° 17-22.083 ; Com. 19 juin 2019, n° 17-29.000 ; Cass. com., 7 mai 2019, n° 17-17.366 ; « De la place de la bonne foi en général et dans les relations de distribution en particulier », *RTD civ*., 2019, p. 570

[468] P. Dupichot, « Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC,* 2013, p. 387, spéc. n° 2.

[469] J. Heinich, « Principes fondateurs du droit du contrat », in *Le Lamy Droit du contrat, Wolters Kluwer*, 2022, §109

[470] M. Fabre-Magnan, « Réforme du droit des contrats : « Un très bon projet », *art. cit*., p. 199

[471] M. Mekki, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D*., 2015, p. 816

plus vrai que la loi d'habilitation ainsi que le projet de la chancellerie de 2008 avaient vu en elle un principe directeur du droit des contrats. Aujourd'hui, la bonne foi transcende le contrat, elle occupe aussi bien les phases, les espaces que les distinctions contractuelles. De la négociation à l'exécution en passant par la formation, la bonne foi contraint les parties à être exemptes de tout reproche[472]. Elles sont tenues désormais de négocier, de former et d'exécuter le contrat de bonne foi selon l'article 1104 du Code civil[473]. L'existence de règles spéciales pour régir chaque pan du contrat n'a pas empêché le législateur d'imposer la bonne foi aux parties à chaque étape du processus contractuel. Par exemple, nonobstant l'existence des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil sur le devoir d'information, une partie peut se voir reprocher d'être de mauvaise foi pour avoir manqué de renseigner son cocontractant[474]. Lors de la renégociation du contrat pour cause d'imprévision, les parties sont tenues de respecter la bonne foi en application de l'article 1104 du Code civil[475].

Toutefois, à en croire certains, le simple fait que la bonne foi soit placée à la tête des dispositions régissant le contrat ne suffit pas pour qu'elle soit qualifiée de principe directeur[476]. Pourtant, même si l'emplacement n'est pas un élément déterminant dans la qualification de la bonne foi de principe directeur, il peut être considéré comme un indicateur dont l'ajout de sa transversalité permet de constater son caractère de principe général du droit des contrats. Même si cela ne suffisait pas, la bonne foi comme principe général peut être vérifiée au regard de sa portée.

88. La portée de la bonne foi permet d'affirmer qu'elle est un principe général en droit des contrats. Depuis la réforme du droit des contrats, la bonne foi joue plusieurs rôles dans la réglementation contractuelle, ce qui lui confère ainsi le caractère de principe général. Le rôle fondamental de la bonne foi est technique. Grâce à elle, le juge peut interpréter ou compléter les dispositions obscures ou incomplètes[477]. À l'état actuel, beaucoup de nouvelles dispositions issues de la réforme du droit des contrats présentent de nombreuses difficultés et il revient au juge de nous éclairer. Pour y arriver, il peut recourir à l'exigence de bonne foi qui pèse sur les parties et sur toutes les étapes du contrat. Par exemple, on peut citer les faits générateurs d'un

---

[472] B. Cressard, « Contrat de franchise et bonne foi », *art. cit.*, p. 163

[473] J. Moury, note sous Cass. com., 17 janvier 2018, n° 16-14.914 ; n° 16-15.022, « Cession d'actions : l'articulation du devoir d'information avec le dol et la bonne foi », *art. cit.,* p. 715

[474] *Infra* §91 et s.

[475] J. Mestre, note sous Cass. com., 31 mars 1992, n° 90-13.113 ; Soc. 25 févier 1992, n° 89-41.634, « Une bonne foi décidément très exigeante », *RTD civ*., 1992, p. 760

[476] D. Fenouillet, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *RDC* 2009, p. 279

[477] M. Mekki, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *art. cit.*, p. 816

devoir d'information. Si le législateur vise l'ignorance et la confiance du créancier, il ne définit pas ces deux notions et estime qu'elles sont deux conditions alternatives. Ainsi, sur le fondement de la bonne foi, le juge peut déterminer si un fait déterminant pour le consentement d'une partie doit être délivré ou non en scrutant au cas par cas le comportement de la partie qui en revendique l'exécution. Ce rôle de la bonne foi est explicitement confirmé par le rapport au président de la République qui note que la bonne foi, la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat sont des « principes destinés à faciliter l'interprétation de l'ensemble des règles applicables au contrat, et au besoin à en combler les lacunes »[478]. Cette reconnaissance technique du rôle de la bonne foi avec l'utilisation du mot « principe » par le rapport vient confirmer que celle-ci est un principe général en droit des contrats. Par ailleurs, la bonne foi peut servir de règle de conflit en cas de confrontation avec une autre disposition du Code civil[479]. Ce rôle lui permettra de s'appliquer en priorité[480]. Étant l'épine dorsale du droit des contrats[481], la bonne foi peut être considérée comme une norme supérieure qui doit s'appliquer en cas de conflit de norme. À titre d'exemple, on peut penser à la dissimulation intentionnelle. En effet, comme démontré précédemment[482], il est possible de penser en vertu des dispositions de l'article 1137, alinéa 2 du Code civil qu'on peut être victime d'une réticence dolosive alors même que l'on connaissait l'information ou avait la possibilité de la connaître. Or, en application de la bonne foi, un raisonnement contraire est possible. Sous peine de mauvaise foi, on ne peut pas être victime d'une réticence dolosive si l'on connaissait ou l'on avait la possibilité de connaître l'information. Un tel raisonnement entre en conflit avec les dispositions de l'article 1137, alinéa 2 du Code civil. Pour le résoudre, le juge peut favoriser la bonne foi sur les dispositions de l'article 1137 du Code civil, car la bonne foi est la vitrine du droit des contrats. Les parties étant tenues de former le contrat de bonne foi, elles doivent se renseigner sur les informations accessibles. Ce rôle confère donc à la bonne foi un caractère de principe général en droit des contrats.

Toutefois, certains auteurs ne sont pas ravis de ce nouveau rôle de la bonne foi. Ils soutiennent qu'instaurer une hiérarchisation des normes en faveur de la bonne foi mettrait en danger toutes

---

[478] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, NOR : JUSC1522466P, JO 11 février 2016

[479] *Infra* §232 et s.

[480] H. Barbier, note sous Cass. 3e civ., 14 septembre 2017, n° 16-18.840, « Le devoir de bonne foi n'est pas évincé par le droit spécial », *art. cit.,* p. 858

[481] M. Mekki, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *art. cit.*, p. 816

[482] *Supra* §83 et s.

les autres dispositions contractuelles en cas de conflit[483]. Outre le caractère de principe général de la bonne foi qui lui confère une exigence précontractuelle, la bonne foi c'est aussi une règle qui a donné naissance à beaucoup d'exigences précontractuelles.

2. La bonne foi, une règle matricielle des exigences précontractuelles

Avant la réforme du droit des contrats de 2016, la bonne foi avait donné naissance à plusieurs exigences précontractuelles destinées à éclairer le consentement des parties[484]. Malgré sa limitation par l'ancien article 1134 du Code civil à l'exécution du contrat[485], la jurisprudence avait étendu la bonne foi à la phase précontractuelle. Cette extension de la bonne foi à la formation du contrat s'est faite en deux phases. Les juges se sont fondés d'abord sur la bonne foi pour interdire la réticence dolosive avant de faire la même chose avec la déloyauté.

89. Grâce à la bonne foi, la dissimulation intentionnelle est légalement interdite en droit des contrats aujourd'hui. On sait désormais que la dissimulation intentionnelle est un fondement incontournable du devoir d'information précontractuelle[486], mais relevons qu'avant la consécration légale de l'interdiction de la dissimulation intentionnelle, les juges l'interdisaient déjà sous l'assise de la bonne foi[487]. En effet, à la lecture de la jurisprudence antérieure, il est aisé de constater que la Cour de cassation faisait de la bonne foi une arme maîtresse pour sanctionner les parties qui dissimulaient intentionnellement des informations déterminantes pour le consentement. L'une des premières décisions ayant eu ce courage est l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 8 novembre 1983 rendue en

---

[483] A. Ghozi, Y. Lequette, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie », *D*. 2008, p. 2609 ; L. Leveneur, « Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : à améliorer », *Contrats, conc., consom.* 2011, repère 10 ; R. Cabrillac, « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », *JCP G* 2008, I, n° 190 ; J. Vogel, « Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? Une nécessité pour l'économie et les entreprises françaises », *art. cit.,* p. 470 ; Ph. Le Tourneau, M. Poumarède, « Bonne foi », *Rép., civ.,* D. 2017, §51

[484] H. Barbier, note sous Cass. com., 27 mars 2019, n° 17-22.083 ; Com. 19 juin 2019, n° 17-29.000 ; Cass. com., 7 mai 2019, n° 17-17.366 ; « De la place de la bonne foi en général et dans les relations de distribution en particulier », *art. cit.*, p. 570

[485] J. Casey, note sous Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, « De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat », *D.* 1998, p. 208

[486] *Supra* §78 et s.

[487] F. Cohet, *Le Contrat,* 2e éd., PUG, 2019, §54 ; J. Casey, note sous Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, « De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat », *art. cit.* p. 208

matière de cautionnement[488]. Il s'agissait dans cette affaire des personnes qui s'étaient portée caution solidaire auprès d'une banque par acte séparé au bénéfice d'un entrepreneur, qui fut mis en liquidation judiciaire quatre ans après. Estimant être victimes de dol par la banque, les cautions dénonçaient le contrat. Mais, les juges d'appel déboutaient leur requête. Cependant, après un pourvoi en cassation, la haute juridiction avait cassé l'arrêt d'appel en soulignant clairement que les juges du fond n'avaient pas recherché « si la banque savait que la situation du débiteur principal était irrémédiablement compromise au moment où les cautionnements ont été consentis, et si la banque n'avait pas, en omettant, par une réticence dolosive, de révéler cette situation aux cautions amène celles-ci à consentir les cautionnements litigieux et ainsi manque à son obligation de contracter de bonne foi »[489]. À la lumière de cette importante décision, on voit sans ambiguïté que la Cour de cassation reprochait aux juges du fond de n'avoir pas recherché s'il n'y avait pas eu de dissimulation intentionnelle par la banque sur le fondement de la bonne foi. Ainsi, au nom de la bonne foi, la banque était tenue d'une obligation d'information précontractuelle. Cette jurisprudence est réaffirmée depuis de manière constante[490]. Par raisonnement, les juges avaient donné naissance à l'interdiction de la dissimulation intentionnelle sur la base de la bonne foi précontractuelle[491]. Mais, la bonne foi est aussi la mère de l'interdiction de la déloyauté en droit des contrats.

90. Grâce à la bonne foi, la déloyauté est strictement interdite en droit des contrats aujourd'hui. L'exigence précontractuelle de la bonne foi comme règle matricielle peut être déduite également de l'interdiction de déloyauté. À travers l'exigence de la bonne foi dans les relations contractuelles, il a été imposé à certaines parties, du fait de leurs qualités, d'être loyales envers leur cocontractant en livrant toutes les informations susceptibles d'intéresser leur consentement. La Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 21 février 2001, avait estimé que

---

[488] Cass. 1re civ., 21 janvier 1981, Bull. civ. I, n° 25 ; D. 1981, IR p. 503, obs. Vasseur. ; Cass. com., 8 novembre 1983, Bull. civ. IV, n° 298 ; RTD com. 1984, p. 501, obs. R. Cabrillac et B. Teyssié. Cet arrêt de cassation visait expressément l'art. 1116 c. civ., mais aussi l'art. 1134, al. 2 ; Bull. civ. I, n° 187 ; RTD civ. 1988, p. 736, n° 1, obs. Mestre ; JCP 1989, II, n° 21363, note Legeais ; Defrénois 1989, p. 1049, et D. 1990, Somm. p. 385, obs. Aynès ; Banque 1989, p. 758, obs. Rives-Lange. *adde* Ph. Delebecque, obs. à la Rev. proc. coll. 1988, p. 183, n° 1 ; . not., Cass. 1re civ., 26 novembre 1991, Bull. civ. I, n° 331 ; D. 1992, IR p. 6 ; Cass. com., 26 mai 1992, Bull. civ. IV, n° 204 ; JCP éd. E 1992, I, p. 189, n° 2, obs. Ph. Simler ; Cass. 1re civ., 14 novembre 1995, Bull. Joly 1996, p. 121, note Ph. Delebecque ; Cass. 1re civ., 18 février 1997, JCP 1997, IV, p. 806 ; D. 1997, IR p. 74

[489] Cass. com. 8 novembre 1983, n° 82-10493

[490] Cass. 1re civ., 10 mai 1989, n° 87-14294 ; Cass. 1re civ., 24 mars 1992, n° 90-15866 ; Cass. 1re civ., 18 février 1997, n° 95-11816 ; Cass. 1re civ., 14 mai 2009, n° 07-17.568 ; Cass. 1re civ., 15 mars 2005, n° 01-13.018

[491] P. Jourdain, « Rapport français », in *La bonne foi*, travaux de l'Association Henri Capitant, *art. cit.*, p. 123

« le notaire qui participe à la rédaction d'actes de vente est tenu d'un devoir de conseil destiné à assurer la validité et l'efficacité des actes auxquels il a apporté son concours »[492]. La Cour estime que la notaire, du fait de son devoir de loyauté, est tenue d'un devoir d'information précontractuelle. Cette approche a été étendue aux dirigeants sociaux. Dans le cadre de la cession de droits sociaux, le dirigeant social est tenu au nom de la loyauté, d'informer l'actionnaire de tous les faits déterminants pour son consentement, notamment la valeur des titres sociaux[493]. D'ailleurs, il a été jugé que le dirigeant social manquait à son devoir de loyauté, en ne révélant pas à l'associé, cessionnaire, la valeur réelle de ses parts sociales[494]. Même si la Cour n'invoque pas la notion de bonne foi dans ces différentes décisions, il faut quand même noter que la loyauté est une version souple de la bonne foi[495]. La bonne foi comme exigence précontractuelle autonome existait bien avant la réforme du droit des contrats. Le nouvel article 1104 ne fait que confirmer son caractère de principe général et son rôle matriciel. Dès lors, il est tout à fait possible de penser que la bonne foi peut être considérée comme une source d'obligation d'information implicite.

B. La bonne foi, une obligation d'information implicite

Imposer une obligation d'information précontractuelle revient à exiger implicitement un devoir de bonne foi précontractuelle[496]. Comme par le passé, la bonne foi est toujours un fondement implicite[497] de l'obligation d'information précontractuelle[498]. Avec la réforme, cette thèse est confirmée puisque désormais le contrat doit être formé de bonne foi, ce qui inclut un respect de l'obligation d'information (1), mais surtout une exécution en bonne foi de celle-ci (2).

---

[492] Cass. 3e civ., 21 février 2001, n° 98-2081

[493] Th. Massart, note sous Cass. com., 24 mai 2017, n° 15-19430, « L'obligation de loyauté du dirigeant est-elle due à l'apporteur en compte courant ? *», Bull. Joly Sté*., n° 11, 2017, p. 654

[494] Cass. com. 15 mars 2017, n° 15-14419

[495] M. Latina, « Contrat : généralités », *Rép. civ.* D. 2017 §152 ; Ch.-H Boeringer, J-Y. Trochon, L. Athlan, al., *Les conflits d'intérêts dans l'entreprise : identifier, prévenir et gérer les conflits d'intérêts*, LexisNexis, 2016, §53

[496] G. Rabu, *Droit des obligations,* 2e éd., Ellispses, 2019, p. 110

[497] CA Nîmes, 1re ch., 13 octobre 2022, n° 21/03738

[498] J. Julien, *Droit de la consommation*, *op. cit.,* §71 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit*., §315 ; R. Boffa, « Obligation d'information », in *Dictionnaire du contrat,* D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc, (sous-dir.)*, art. cit.,* §183 ; R. Boffa, « La validité du contrat », *Gaz. Pal.* 2015, p.18, n° 5 ; C. Grimaldi, S. Méresse, O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise, op. cit.,* §106 ; H. Lécuyer, note sous Cass. com., 11 juillet 2006, n° 05-12.024, « Obligation d'information du dirigeant à l'égard des associés », *art. cit.*, n° 1

1. L'obligation de former les contrats de bonne foi

Le nouvel article 1104 du Code civil dispose que le contrat doit être formé de bonne foi. Si certains auteurs se demandent si cet article ne pose pas une condition supplémentaire de validité des contrats[499], d'autres sont rassurés en soutenant que l'obligation de formation des contrats de bonne foi n'est qu'un principe précontractuel qui impose d'agir positivement dans le consentement de son cocontractant[500].

91. Positivement, la bonne foi impose de délivrer à son cocontractant des informations déterminantes pour le consentement. La première idée qui vient en tête à la lecture de l'article 1104 du Code civil, est qu'être de bonne foi dans la formation du contrat c'est renseigner son cocontractant sur toutes les informations qui intéressent son consentement et dont on a la connaissance[501]. Comme dans l'obligation d'information précontractuelle proprement dite, le débiteur d'une obligation de bonne foi dans la formation du contrat doit connaître une information déterminante pour le consentement de son cocontractant, mais aussi savoir l'influence que cette information peut avoir sur le consentement de son partenaire. Si ces deux conditions sont réunies, pour contracter de bonne foi, il faut livrer à son cocontractant cette information[502]. Toutefois, ce dernier doit également remplir au préalable certaines conditions. Il faut qu'il demeure légitimement ignorant de l'information ou qu'il fasse confiance à son partenaire[503].

Dans l'obligation de formation du contrat de bonne foi, contrairement au devoir d'information, on ne sait pas ce qu'inclurait la notion d'information déterminante[504] ; celle-ci sera probablement laissée à la libre appréciation du juge. Pour l'heure, ce qui nous intéresse, c'est de constater que la bonne foi, règle matricielle de l'obligation d'information précontractuelle[505], peut encore aujourd'hui servir de fondement à une obligation d'information précontractuelle sans que cela puisse nuire à celui qui l'invoque. Outre le côté positif de la bonne foi qui oblige

---

[499] H. Barbier, note sous Cass. 1re civ., 27 juin 2018, n° 17-15.039, « De la bonne foi dans la formation du contrat : admission de la nullité pour erreur sur la bonne foi du cocontractant », *RTD civ*., 2018, p. 657 ; D. Houtcieff, note sous Cass. 1re civ., 27 juin 2018, n° 17-15039, « L'erreur sur la bonne foi du contractant porte sur la substance même de la chose », *Gaz. Pal*. 2018, n° 31, p. 21

[500] M. Mekki, « Droit des contrats », *D*. 2019, p. 279

[501] H. Lécuyer, note sous Cass. com., 11 juillet 2006, n° 05-12.024, « Obligation d'information du dirigeant à l'égard des associés », *art. cit.*, n° 1 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations, op. cit.,* §257

[502] *Supra* §17 et s.

[503] *Supra* §26 et s.

[504] *Infra* §95 et s.

[505] *Supra* §89 et s.

au respect de l'obligation d'information, le côté négatif de la bonne foi interdit de garder pour soi toute information déterminante pour le consentement de son cocontractant.

92. Négativement, la bonne foi impose de ne pas trahir, de ne pas dissimuler ou de ne pas faire preuve de duplicité. Le devoir de loyauté est une composante du devoir de bonne foi qui interdit de dissimuler des informations à son partenaire contractuel lors de la formation du contrat[506]. Dès lors, la bonne foi ne peut qu'être un fondement du devoir d'information précontractuelle. Chaque fois qu'une obligation d'information est manquée sur le fondement de la bonne foi, c'est parce qu'il y a eu une dissimulation intentionnelle[507]. Est de mauvaise foi la partie qui dissimule intentionnellement une information qui intéresse le consentement de son cocontractant. Pour que le manquement à la bonne foi puisse être établi, la partie qui l'invoque doit nécessairement démontrer le caractère déterminant de l'information dissimulée, l'intention qu'avait l'autre partie de le tromper[508] et son ignorance légitime. Il s'agit donc du même mécanisme que celui de la dissimulation intentionnelle posée par les dispositions de l'article 1137, alinéa 2.

Toutefois, il est tout à fait possible de penser qu'aujourd'hui, il peut y avoir une mauvaise foi lors de la formation du contrat sans qu'il y ait une dissimulation intentionnelle. En effet, depuis la réforme, il est possible de manquer à une obligation d'information sans commettre de dissimulation intentionnelle. D'ailleurs, les sanctions du devoir d'information prévoient clairement cette hypothèse lorsqu'elles précisent que le devoir d'information peut être sanctionné soit par la responsabilité civile, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de dissimulation intentionnelle, soit par la nullité lorsqu'il y a une dissimulation intentionnelle[509]. En plus du fondement de l'obligation d'information, la bonne foi exige que le devoir d'information soit exécuté de bonne foi.

---

[506] Ch-H Boeringer, J-Y Trochon, L. Athlan, et al., *Les conflits d'intérêts dans l'entreprise : identifier, prévenir et gérer les conflits d'intérêts*, *op. cit.,* §53 ; H. Fabre, « Dol, réticence dolosive et devoir d'information dans les cessions de droits sociaux », *art. cit.*, p. 1327 ; S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit Européen*, *op. cit.,* §99 ; G. Raoul-Cormeil, in Th. Douville (sous-dir.) « La réforme du droit des contrats : commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve », *Gualino*, 2016, p.34 ; J. Mestre, note sous CA Paris 19 janvier 1994 ; Paris 29 avril 1994 ; Metz 24 févier 1993, « D'une réticence dolosive d'informations sur la prestation de son cocontractant », *art. cit.,* p. 852 ; A-S. Barthez, D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, in *Traité de droit civil*, LGDJ, 2010, §346

[507] S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit Européen*, *op. cit.*, §99

[508] *Supra* §74 et s.

[509] *Infra* §149 et s.

2. L'obligation d'exécuter le devoir d'information de bonne foi

Comme tout lien, l'obligation d'information doit être exécutée de bonne foi[510]. Il se pose ainsi la question des moyens de transmission de l'information et la garantie de la compréhension de celle-ci. Avant d'aborder chacun de ces points, il est important de rappeler que l'information doit être transmise avant la conclusion du contrat.

93. La formation du contrat de bonne foi oblige le débiteur à utiliser tous les moyens possibles pour transmettre l'information. En droit commun, l'article 1112-1 du Code civil ne précise pas les moyens qui doivent être empruntés par le débiteur pour exécuter son obligation d'information. Il est regrettable que le législateur ne soit pas inspiré du projet de cadre commun de référence[511]. Ce dernier exige que l'information transmise soit claire et précise, qu'elle soit délivrée en langue simple et intelligible[512]. Il pouvait aussi s'appuyer sur le droit de la consommation qui prévoit en son article L.111-1 du Code de la consommation que le débiteur doit transmettre au créancier des informations « compréhensibles ». Ce silence législatif peut être comblé par l'obligation de former le contrat de bonne foi. Le débiteur doit ainsi tout mettre en œuvre pour que l'information fournie soit facilement accessible au créancier. Il peut ainsi transmettre l'information soit oralement soit par écrit[513]. Ce qui compte, c'est d'assurer la réception de l'information par le créancier. Le débiteur peut même emprunter la voie électronique[514]. En effet, les articles 1125 et suivant du Code civil, en reprenant les anciens articles 1369-1 et suivant du même Code[515], permettent aux parties de se transmettre des informations précontractuelles par voie électronique. Cependant, le débiteur manquerait à son obligation d'information s'il transmettait l'information avec un moyen de communication

---

[510] M. Mekki, « Droit des contrats », *art. cit.*, p. 279 ; B. Cressard, « Contrat de franchise et bonne foi », *art. cit.*, p. 163; H. Barbier, note sous Cass. com., 27 mars 2019, n° 17-22.083 ; Com. 19 juin 2019, n° 17-29.000 ; Cass. com., 7 mai 2019, n° 17-17.366 ; « De la place de la bonne foi en général et dans les relations de distribution en particulier », *art. cit.,* p. 570

[511] Y. Picod, N. Picod, *Droit de la consommation*, 5e éd, Sirey, 2021, §236

[512] Art. II-3 : 106 du projet de cadre commun de référence

[513] L. Attuel-Mendes, « Protection générale et spéciale du consentement en matière de vente d'immeuble à construire », *RDI*, 2007, p. 379 ; Gr. LOISEAU, « Refonte des règles contractuelles en matière de pratiques commerciales », *CCE*, n° 7-8, 2019, comm. p. 48

[514] F. Binois, *Consensualisme et formalisme à l'épreuve de l'électronique : Etude de droit civil,* préf. Fr. Labarthe, PUAM, 2021, §20 et s.

[515] N. Dissaux, C. Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, D. 2015, p.24 ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, *op. cit.* §270

inadéquat à la situation du créancier. Il ne peut ainsi délivrer par écrit l'information si le créancier est illettré.

94. La formation du contrat de bonne foi n'oblige pas le débiteur à garantir la compréhension de l'information. L'obligation d'information est une obligation de moyen ; l'obligation du débiteur ne consiste guère à garantir la compréhension de l'information transmise[516]. Le débiteur doit juste utiliser tous les moyens qui sont à sa disposition pour permettre au créancier de comprendre l'information. Il doit veiller à ce que le créancier comprenne raisonnablement le fait qu'il lui communique. Pour arriver à cette fin, le débiteur doit mettre l'accent sur quatre points essentiels[517]. Il s'agit d'abord d'assurer la quantité d'information requise. Le débiteur doit délivrer toutes les informations requises pour se faire comprendre sans que le message contienne plus de données qu'il est nécessaire pour la compréhension du créancier. Ensuite, le débiteur doit s'assurer de délivrer des informations de qualité. Il doit impérativement délivrer des informations véridiques au créancier pour qu'il soit bien informé. Puis, le débiteur doit tenir compte de la nature de sa relation avec le créancier. Selon qu'il s'agit d'une relation nouvelle ou de confiance, l'information varie. Enfin, le débiteur doit s'assurer de la manière dont il transmet l'information ; il doit être clair, éviter les obscurités, être bref[518].

En définitive, la bonne foi par son exigence précontractuelle oblige à respecter une obligation d'information précontractuelle au même titre que le devoir d'information de l'article 1112-1 du Code civil et de la dissimulation intentionnelle. Dès lors, il faut s'interroger sur l'apport de la bonne foi à l'intégrité du consentement des parties au regard des autres obligations d'information précontractuelle.

§2 : L'apport de la bonne foi à l'intégrité du consentement des parties

Dans le cadre de l'intégrité du consentement, la bonne foi a encore un rôle à jouer. En effet, contrairement au devoir d'information explicite de l'article 1112-1 du Code civil et à l'obligation d'information implicite de l'article 1137, alinéa 2 du Code civil, la bonne foi, en tant que fondement à l'obligation d'information, a un champ d'application illimité (A).

[516] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *op. cit.* §500 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit.*, §323

[517] G. H. Paul. Logique et conversation. In: Communications, 30, La conversation. p. 57, 1979

[518] G. H. Paul. Logique et conversation. In: Communications, 30, *art. cit.,* p. 57

Toutefois, au regard de la densité législative qui devient de plus en plus accrue, on se demande aujourd'hui quel peut être l'apport de la bonne foi[519] dans les relations précontractuelles (B).

A. La bonne foi, une obligation d'information illimitée

Si l'interdiction de la dissimulation intentionnelle est plus large que le champ d'application de l'obligation d'information[520], force est de constater que la bonne foi, comme fondement implicite de l'information précontractuelle, est plus large. Contrairement aux deux premiers fondements de l'obligation d'information, la bonne foi n'est pas limitée. Sur ce, une partie peut être considérée comme débitrice d'une obligation d'information dès qu'elle connaît une information déterminante, quel que soit le comportement de son cocontractant.

95. La bonne foi impose à une partie qui devait savoir une information de la révéler à son partenaire. Si l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil ne pèse que sur celui qui connaît un fait déterminant pour le consentement de son cocontractant, la bonne foi voudrait aussi que la partie qui devrait connaître une information déterminante soit débitrice d'une obligation d'information précontractuelle. Ainsi, dès l'instant que la qualité d'une partie peut permettre de présumer sa connaissance d'une information, elle ne peut se soustraire de l'exécution de son obligation d'information vis-à-vis de son cocontractant sous peine de mauvaise foi. D'ailleurs, cette obligation avait été prévue par les dispositions régissant le devoir d'information dans le projet de réforme avant de disparaître lors de l'adoption de l'ordonnance[521].

De même, il n'est pas possible de poursuivre son cocontractant pour dissimulation s'il devait connaître l'information et ne s'est pas renseigné. En effet, il y a dissimilation intentionnelle que lorsque l'une des parties dissimule intentionnellement une information dont il savait le caractère déterminant pour l'autre partie selon l'article 1137, alinéa 2 du Code civil [522]. Dès lors, si un contractant, même professionnel, ne se renseigne pas pour informer son cocontractant alors que l'information est directement rattachée à sa profession, il n'y a pas de dissimulation intentionnelle. Toutefois, avec la bonne foi, il est tout à fait possible de penser que l'obligation d'information peut être étendue à la partie qui devrait la connaître. En effet, si le contrat doit

[519] H. Barbier, note sous Cass. com., 27 mars 2019, n° 17-22.083 ; Com. 19 juin 2019, n° 17-29.000 ; Cass. com., 7 mai 2019, n° 17-17.366 ; « De la place de la bonne foi en général et dans les relations de distribution en particulier », *art. cit.,* p. 570

[520] *Supra* §81 et s.

[521] *Supra* §22 et s.

[522] *Supra* §78 et s.

être formé de bonne foi, celle-ci voudrait que chacune des parties renseigne son contractant non seulement sur les faits déterminants dont il a la connaissance effective, mais aussi sur ceux qu'elle devrait connaître. Si cette exigence n'est pas respectée, il est tout à fait possible d'invoquer la mauvaise foi. Être de bonne foi dans la formation du contrat, c'est tout mettre en œuvre pour participer à l'éclaircissement du consentement de son cocontractant en allant chercher les informations dont on ne peut pas ignorer et qui intéressent l'autre partie. Donc, sur ce point, la bonne foi semble plus large que le devoir d'information et la dissimulation intentionnelle, mais ce n'est pas son seul apport.

96. La bonne foi peut imposer aux parties de renseigner sur la valeur des prestations. Que cela soit sur le fondement du devoir d'information ou de la dissimulation intentionnelle, le débiteur d'une obligation d'information précontractuelle n'est pas obligé de renseigner son créancier sur la valeur de la prestation[523]. Toutefois, avec l'obligation d'information tirée de la bonne foi, il est tout à fait possible de sanctionner aujourd'hui la partie qui s'abstient de renseigner son cocontractant sur la valeur. Fondement d'une obligation d'information précontractuelle illimitée, la bonne foi peut reverser la valeur dans le champ d'application des informations à délivrer comme elle le fait dans les contrats de cession de droits sociaux[524]. En effet, depuis l'arrêt Vilgrain, la Cour de cassation oblige les dirigeants de sociétés à renseigner les cessionnaires sur la valeur des titres sur le fondement de la loyauté qui est une déclinaison souple de la bonne foi[525]. Mieux, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 27 juin 2018[526] donne une piste de contournement de l'exclusion de l'information sur la valeur des prestations. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat de prêt pour la conclusion duquel l'emprunteur fournit à la banque de faux relevés de compte. À l'appui de sa demande de nullité du contrat de prêt, la banque soutient qu'elle est victime d'une erreur sur la bonne foi de l'emprunteur. La Cour de cassation lui donne raison en confirmant les juges du fond. Mais, ce sont les motivations de la Cour d'appel, validées par les juges du droit, qui sont intéressantes dans cet arrêt. En effet, pour annuler le contrat de prêts, la Cour d'appel a estimé « que le consentement de la banque à l'engagement contractuel avait été obtenu par erreur sur la

---

[523] *Supra* §66 et s.

[524] Cass. com. 27 février 1996, n° 94-11.241, RTD civ. 1997, p. 114, D. 1996, p. 518, note P. Malaurie ; D. 1996, p. 342, obs. J.-C. Hallouin; D. 1996, p. 591, note J. Ghestin ; RTD civ. 1997, p. 114, obs. J. Mestre ; JCP 1996. II. 22 665, note J. Ghestin

[525] M. Latina, « Contrat : généralités », *op. cit.* §152 ; Ch.-H Boeringer, J-Y. Trochon, L. Athlan, al., *Les conflits d'intérêts dans l'entreprise : identifier, prévenir et gérer les conflits d'intérêts*, *op. cit.,* §53

[526] Cass. 1re civ., 27 juin 2018, n° 17-15.039, AJDI 2018. 614 ; AJ Contrat 2018. 426, obs. J. Lasserre Capdeville ; RTD civ. 2018. 657, obs. H. Barbier ; Gaz. Pal. 2018, n° 31, p. 21, obs. D. Houtcieff

substance même de la chose, à savoir la bonne foi du cocontractant et l'exactitude des éléments patrimoniaux fournis, éléments déterminants de l'octroi du crédit ». La Cour de cassation instaure ainsi, sur le fondement de la bonne foi, un nouveau garde-fou du consentement : l'erreur sur la bonne foi. Cette approche de la Cour de cassation peut ainsi permettre d'annuler un contrat sur le seul fait que l'une des parties s'est gardée de livrer la valeur de la prestation à l'autre[527]. Au même titre que l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable même si elle porte sur la valeur, l'erreur qui résulte d'une bonne foi peut désormais être excusable même si elle porte sur la valeur.

Cependant, cette analyse ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine. Pour le professeur Mekki, « cette décision doit conserver une portée limitée ». Selon lui, outre le caractère inédit de l'arrêt et le probable usage d'une formule rhétorique maladroite, le contrat pouvait être annulé sur fondement du dol[528]. Mais, comme démontré précédemment, la bonne foi est avant tout une règle matricielle. C'est de la bonne foi que découlent plusieurs exigences précontractuelles comme l'obligation d'information et la dissimulation intentionnelle. Dès lors, avec la nouvelle exigence légale de la formation du contrat de bonne foi, il est tout à fait possible que cette exigence puisse donner naissance à d'autres règles précontractuelles. Toutefois, la bonne foi comme fondement implicite de l'obligation d'information précontractuelle n'est pas facile à défendre aujourd'hui. Beaucoup de signaux laissent penser que ce fondement est dépassé.

B. La bonne foi, une obligation d'information dépassée

S'il n'est pas interdit aux victimes d'un manquement à une obligation d'information d'invoquer les dispositions de l'article 1104 en lieu et place des articles 1112-1 et 1137, alinéa 2 du Code civil, il faut toutefois reconnaître que le plaideur qui renoncera à ces dispositions risque de rencontrer beaucoup d'obstacles. En effet, avec la consécration du devoir d'information précontractuelle et la dissimulation intentionnelle, on peut se demander si ces derniers ne sont pas devenus indépendants de la bonne foi (1). En outre, à supposer qu'ils soient toujours dépendants de la bonne foi, celle-ci aura malgré tout du mal à s'imposer au regard de ses règles probatoires (2).

---

[527] H. Barbier, note sous Cass. 1re civ., 27 juin 2018, n° 17-15.039, « De la bonne foi dans la formation du contrat : admission de la nullité pour erreur sur la bonne foi du cocontractant », *art. cit.,* p. 657

[528] M. Mekki, « Droit des contrats », *art. cit.*, p. 279

1. L'autonomie du devoir d'information et de la dissimulation intentionnelle

Choquée par la dénaturation judiciaire de l'ancien article 1134 du Code civil, la doctrine avait émis l'idée d'extension de la bonne foi à la formation du contrat[529], ce qui est désormais exhaussé. Au-delà de cette extension, la réforme du droit des contrats a mis en concurrence la bonne foi avec le devoir d'information précontractuelle et la dissimulation intentionnelle. Dès lors, l'existence de ces dispositions spéciales, veillant expressément au respect de l'obligation d'information, n'entraîne-t-elle pas un dépassement de la bonne foi ?[530] Pour certains auteurs, il est tout à fait possible aujourd'hui d'estimer que la bonne foi a perdu toute son autorité sur l'obligation d'information précontractuelle.

97. La consécration de dispositions spéciales imposant une obligation d'information ôte tout intérêt d'invoquer la bonne foi. Selon une doctrine avisée[531], le devoir d'information est totalement souverain de la bonne foi. En effet, la consécration d'un devoir d'information précontractuelle et d'une dissimulation intentionnelle ne donne plus aucun intérêt à invoquer la bonne foi. Ce qui veut dire que tout plaideur qui, au soutien de ses prétentions, met en avant la bonne foi aura plus de difficultés. Les articles 1112-1 et 1137, alinéa 2 sanctionnent plus facilement le silence sur un fait déterminant, prévient la doctrine ! La position de ses auteurs se comprend aisément. Le fait que le législateur ait étendu la bonne foi à la formation du contrat et qu'il ait consacré également des dispositions spéciales chargées d'éclairer le consentement des parties laisse entendre que les réformateurs ont prononcé le divorce entre la bonne foi et l'obligation d'information. En revanche, si le législateur s'était contenté d'étendre la bonne foi à la phase des négociations sans instaurer un devoir d'information précontractuelle et une dissimulation intentionnelle, il serait tout à fait légitime de soutenir que la bonne foi a conquis définitivement tous les aspects précontractuels du contrat. Désormais, bonne foi et obligation

---

[529] *Supra* §89 et s.

[530] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations précise : « il est apparu opportun de consacrer dans le code civil de manière autonome, indépendamment du devoir de bonne foi », ce qui veut dire que pour le législateur, le devoir d'information est autonome de la bonne foi.

[531] H. Barbier, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *art. cit.,* p. 247 ; H. Barbier, note sous Cass. com., 27 mars 2019, n° 17-22.083 ; Com. 19 juin 2019, n° 17-29.000 ; Cass. com., 7 mai 2019, n° 17-17.366 ; « De la place de la bonne foi en général et dans les relations de distribution en particulier », *art. cit.,* p. 570 ; H. Barbier, note sous Cass. 1re civ., 27 juin 2018, n° 17-15.039, « De la bonne foi dans la formation du contrat : admission de la nullité pour erreur sur la bonne foi du cocontractant », *art. cit.*, p. 657 ; B. Mercadal, « La réforme du droit des contrats », *ibid.,* §164 ; ; H. Fabre, « Dol, réticence dolosive et devoir d'information dans les cessions de droits sociaux », *art. cit.*, p. 1327 ; J. Mestre, « Petit abécédaire de la réforme des contrats et obligations », *art. cit.* p.12 ;

d'information tissent des rapports de voisinage ; chacune d'elles doit rester sur son domaine d'application, si elles veulent rester efficaces.

En outre, l'autonomie de l'obligation d'information vis-à-vis de la bonne foi peut s'expliquer par l'application de la *specialia generalibus derogant*[532] même si la mise en œuvre de celle-ci peut sembler compliquée en l'espèce[533]. La *specialia generalibus derogant* conforte sans aucune difficulté la souveraineté des articles 1112-1 et 1137, alinéa 2 du Code civil vis-à-vis de l'article 1104. Avec cet adage, la règle générale, la bonne foi en l'espèce, ne peut pas s'appliquer en lieu et place de la règle spéciale, en l'occurrence l'obligation d'information. Les articles 1112-1 et 1137, alinéa 2 du Code civil, gouvernent tout ce qui tourne autour de l'obligation d'information précontractuelle alors que le 1104 du Code civil doit s'appliquer chaque fois qu'il n'existe pas de disposition spéciale. Tels semblent être les effets de l'autonomie du devoir d'information.

98. À chacun son empire ! Les articles 1112-1 et 1137, alinéa 2 du Code civil, gouvernent tout ce qui tourne autour de l'obligation d'information précontractuelle. À supposer que la doctrine précédente[534] soit suivie par les juges, le devoir d'information et la dissimulation intentionnelle se verront, peut-être, coupés de la bonne foi. Partant de ce constat, les articles 1112-1 et 1137, alinéa 2 du Code civil s'appliqueront d'office chaque fois qu'il sera question d'obligation d'information précontractuelle. Cependant, un plaideur peut-il à la fois invoquer le devoir d'information et la bonne foi ou doit-il laisser de côté le devoir d'information ou la dissimulation intentionnelle au profit de la bonne foi ? Ces interrogations ne sont pas tranchées par le législateur, encore moins par la jurisprudence. On estime, sur la première question, qu'il est tout à fait possible, afin de solidifier les arguments, d'invoquer, en sus des dispositions des articles 1112-1 et 1137, alinéa 2 du Code civil, la bonne foi. Cette assertion s'explique par le fait que les deux dispositions ont la même finalité : l'intégrité du consentement. Sur la seconde interrogation, on peut dire qu'un plaideur a peu d'intérêts à invoquer la bonne foi à la place du devoir d'information précontractuelle ou de la dissimulation intentionnelle. Admettre le contraire reviendrait à reconnaître que le devoir d'information n'a toujours pas pris son envol; or tel ne semble pas être la nouvelle vision du législateur français.

---

[532] *Infra* §254 et s.

[533] On sait que l'adage *specialia generalibus derogant,* ne l'applique ou s'applique difficilement au sein d'un même corps de règles, néanmoins, il peut inspirer les juges pour dire que l'article 1112-1 du Code civil, étant plus spécial que 1104 du même Code, s'applique par dérogation celui régissant la bonne foi.

[534] *Supra* §97

En définitive, même s'il n'est pas expressément interdit d'invoquer la bonne foi à la place du devoir d'information ou de la dissimulation intentionnelle, il semblerait que ceux-ci se sont démarqués, depuis la réforme, de la bonne foi. Ce qui pousse à reconnaître qu'il n'est pas aisé de l'invoquer aujourd'hui. Mais les difficultés ne s'arrêtent pas là puisque la preuve vient s'y ajouter.

2. Le difficile établissement de la mauvaise foi

L'autre difficulté pouvant freiner l'invocation de la bonne foi en cas de manquement à une obligation d'information est la question de la preuve. Comment prouver que le partenaire qui n'a pas divulgué l'information n'était pas de bonne foi, tout en sachant que celle-ci est toujours présumée ? Le rôle du juge dans la recherche de la preuve ne participe-t-il pas davantage dans l'établissement de la mauvaise foi ?

99. La bonne foi est toujours présumée. Il résulte des dispositions de l'article 2274 du Code civil que « la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ». Appliquer cette disposition en cas de manquement à l'obligation d'information résultant de la bonne foi reviendrait à dire que le partenaire qui a gardé son silence sur un fait déterminant pour le consentement de son partenaire est présumé être de bonne foi alors même qu'il l'aurait fait sciemment. Il appartiendrait ainsi au cocontractant victime de la dissimulation de prouver que son partenaire était de mauvaise foi. Une telle technique probatoire militerait de façon défavorable pour l'invocation de la bonne foi en cas de manquement à un devoir d'information. Il est plus facile pour la victime d'agir sur le fondement de l'article 1112-1 du Code civil, où elle ne prouve que l'existence de l'obligation d'information[535], que d'invoquer les dispositions de l'article 1104 du Code civil, où elle doit non seulement prouver l'existence du devoir d'information, mais également la mauvaise foi de son partenaire. La combinaison de ces différences laisse entendre que les règles probatoires applicables en cas de violation de 1104 du Code civil seraient difficilement applicables dans le domaine de l'obligation d'information. Cette problématique semble plus grave au regard des pouvoirs limités du juge face à la mauvaise foi.

100. Le juge ne peut pas soulever d'office la mauvaise foi. Il a été jugé en matière de fin de non-recevoir que « le juge ne peut […] soulever d'office la fin de non-recevoir résultant de

[535] *Infra* §133 et s.

l'absence de bonne foi »[536]. En effet, même si la mauvaise foi du rétenteur d'une information est palpable, il n'appartient pas au juge de la soulever d'office. La victime du silence doit elle-même invoquer la mauvaise foi, mais aussi la prouver. Ce qui diminue drastiquement les chances d'invocation de la bonne foi en matière d'obligation d'information. Donc la question sur l'autonomie du devoir d'information et les difficultés probatoires d'établissement de la mauvaise foi font que la bonne foi, comme fondement à l'obligation d'information, ne convient pas.

[536] Cass. 1re civ., 13 juin 1995, no 93-04.208

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Il existe deux fondements pouvant justifier implicitement le devoir d'information. Il s'agit d'une part de l'interdiction de la dissimulation intentionnelle et de la bonne foi d'autre part. Pour ce qui est de l'interdiction de la réticence dolosive, la dissimulation doit être intentionnelle. L'intention de tromper est une condition *sine qua non* de l'obligation d'information découlant de l'interdiction de la dissimulation intentionnelle. C'est elle qui distingue le devoir d'information explicite de l'article 1112-1 du devoir d'information implicite de l'article 1137, alinéa 2 du Code civil. Toutefois, la dissimulation doit porter sur une information déterminante comme dans l'obligation générale d'information. Cependant, l'appréciation du caractère déterminant de l'information se fait au regard des personnes et des circonstances dans lesquelles le consentement a été donné. Cette méthode marque une nette différence dans l'appréciation du caractère déterminant de l'information entre les deux obligations d'information précontractuelle. Dès lors, l'interdiction de la dissimulation intentionnelle met en place une autre forme d'obligation d'information précontractuelle. En effet, dans cette obligation d'information, la méconnaissance par la victime de l'information dissimulée et la connaissance par le débiteur de l'influence de celle-ci sur le consentement du créancier constituent ces conditions d'existence.

Cette obligation d'information précontractuelle peut avoir un grand apport dans l'intégrité du consentement des parties du fait de son caractère illimité. C'est ainsi que les simples motifs du contrat peuvent être considérés comme des informations déterminantes en vertu de l'obligation d'information de l'article 1137, alinéa 2 du Code civil. De même, le changement de circonstances imprévisibles germant lors de l'échange des consentements et influençant la formation du contrat est une information déterminante en vertu de l'obligation d'information de l'article 1137, alinéa 2. En outre, il y a obligation d'information sur le fondement de la dissimulation intentionnelle même si l'ignorance de la victime est illégitime. Mais, ce caractère illimité de l'obligation d'information découlant de la dissimulation intentionnelle doit être relativisé. En effet, le devoir d'information de l'article 1112-1 du Code civil devient plus intéressant que la dissimulation intentionnelle si la victime ne peut pas rapporter la preuve du caractère intentionnel du silence. Aussi, l'article 1112-1 est un texte pilote autour duquel doivent s'ordonner les dispositions relatives à la dissimulation intentionnelle.

Quant à la bonne foi, le juge l'a toujours utilisée comme un justificatif à l'obligation d'information. C'est grâce à la bonne foi que la dissimulation intentionnelle est légalement interdite en droit des contrats. Aujourd'hui, du fait de sa transversalité et de sa portée, elle est

devenue un principe général en droit des contrats. Elle continue donc d'être une source de l'obligation d'information précontractuelle, que ça soit sur son aspect positif ou négatif. En outre, l'obligation d'information découlant de la bonne foi semble dans certaines situations plus intéressante que celle posée par les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. En effet, avec la bonne foi, il est possible d'imposer au contractant qui devait savoir une information de la révéler. La bonne foi peut aussi imposer aux contractants de renseigner sur la valeur des prestations. Toutefois, au regard de la configuration de l'obligation d'information précontractuelle en droit des contrats, il est possible de penser que la bonne foi comme fondement de l'obligation d'information est dépassée. En effet, la consécration de dispositions spéciales imposant une obligation d'information ôte tout intérêt d'invoquer la bonne foi. Aussi, il n'est pas aisé de démontrer la mauvaise foi d'une partie et le juge n'a pas la possibilité de relever d'office celle-ci.

CONCLUSION DU TITRE I

L'étude de la nature des obligations d'information en droit commun a permis de déterminer qu'il existe deux catégories d'obligation d'information dans le Code civil. D'un côté, il y a l'obligation d'information explicite et de l'autre côté il y a les obligations d'information implicite.

Par rapport à l'obligation d'information explicite, elle se rapporte aux dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. Elle s'articule autour d'une obligation d'informer et d'une obligation de s'informer. La première obligation est conditionnée à la fois par la connaissance d'une information déterminante par le débiteur et de l'influence de celle-ci sur le consentement du créancier. Mais, cette exigence n'oblige pas le débiteur à s'informer pour informer et exclut toute présomption de connaissance chez ce dernier. Quant au créancier, il doit soit ignorer légitimement l'information soit faire confiance au débiteur afin qu'il puisse bénéficier d'une quelconque information. Mais, ces deux conditions semblent se contredire dans la mesure où une partie peut ne pas ignorer l'information et revendiquer celle-ci sur le fondement de la confiance au débiteur. Dès lors, afin de mettre fin à cette contradiction, seule l'ignorance légitime doit constituer un fait générateur de l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil. Au-delà des conditions tenant aux parties, l'information à délivrer doit aussi être déterminante en ayant un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Mais cette appréhension de la notion d'informations déterminantes n'est pas satisfaisante. Elle reste floue, mais aussi fausse. Dès lors, pour faciliter sa compréhension, une nouvelle définition est nécessaire. Par rapport à l'obligation de s'informer, il a été démontré que le créancier est tenu de s'informer s'il ignore de manière illégitime l'information ou encore s'il ne fait pas confiance au débiteur. Quant au débiteur, il n'est pas tenu d'une obligation d'information précontractuelle s'il ignore l'information déterminante ou l'influence de celle-ci sur le consentement du créancier. Par ailleurs, il y a obligation de s'informer si l'information porte sur la valeur.

En ce qui concerne les obligations d'information implicite, elles visent d'une part la dissimulation intentionnelle et d'autre part la bonne foi. L'interdiction de la dissimulation intentionnelle peut être considérée comme un fondement autonome de l'obligation d'information précontractuelle en droit commun des contrats. Cette autonomie se manifeste à travers l'existence d'une intention de tromper et l'exigence d'un caractère déterminant de l'information dissimulée. Cette obligation d'information précontractuelle tirée de la dissimulation intentionnelle peut avoir un apport non négligeable dans la protection du

consentement des parties faibles dans la mesure où elle peut obliger de renseigner des données qui étaient jusque-là exclues du champ d'application de l'article 1112-1 du Code civil. Par ailleurs, la bonne foi peut être considérée comme un fondement autonome de l'obligation d'information précontractuelle en droit commun des contrats. Cette autonomie peut s'expliquer par le fait que la bonne foi est un principe général en droit des contrats et elle est aussi une règle matricielle pour l'obligation d'information précontractuelle en droit commun des contrats.

TITRE II : L'ÉVOLUTION DES RÉGIMES

La seconde question qui se pose en matière d'obligation d'information précontractuelle aujourd'hui concerne les régimes juridiques. Depuis la réforme du droit des contrats, ces derniers ont considérablement évolué. Pour s'en rendre compte, il faut s'intéresser d'une part à l'ordre public dans différentes obligations d'information (Chapitre I) et d'autre part à la preuve et aux sanctions des obligations d'information (Chapitre II).

CHAPITRE I : L'ORDRE PUBLIC DANS LES OBLIGATIONS D'INFORMATION

L'objet de ce chapitre est de démontrer que, malgré la diversité de l'étendue des obligations d'informations précontractuelles, ces dernières ont des points de ressemblance au regard de leur régime juridique. Il suffit d'observer la présence de l'ordre public dans toutes les obligations d'information précontractuelle pour s'en convaincre. Dès lors, si la présence de l'ordre public dans toutes les obligations d'information peut facilement être constatée, il n'en est pas de même de la détermination de ses contours qui peuvent varier d'une obligation d'information à une autre. C'est pourquoi afin de bien cerner les points communs des régimes juridiques des obligations d'information précontractuelle, il conviendra de montrer dans un premier temps l'omniprésence de l'ordre public dans les obligations d'information (Section 1) avant de procéder, dans un second temps, à une relativisation de celle-ci (section 2).

Section I : L'omniprésence de l'ordre public dans les obligations d'information en droit commun

La principale caractéristique des obligations d'information issues de la réforme du droit des contrats est leur caractère d'ordre public. L'ordre public se caractérise par l'impossibilité pour les parties de déroger à une règle sans que celle-ci tende à protéger l'intérêt général[537].
Dans l'obligation d'information explicite visée à l'article 1112-1 du Code civil, le législateur interdit aux parties de limiter ou d'exclure le devoir d'information de leur contrat. Le caractère d'ordre public des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil se déduit donc de leur caractère impératif contrairement aux ordres publics exprimés par les articles 1104 et 1137 du Code civil[538] (§1). Par ailleurs, cette omniprésence de l'ordre public dans les différentes obligations d'information conduit à s'interroger sur les enjeux de celui-ci au regard de la nouvelle loi que revêt la réforme du droit des contrats, ou au regard de l'office du juge (§2).

[537] G. Couturier, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une veille notion neuve », in *études offertes à Jacques Flour*, Defrénois, 1979, p. 99, §4
[538] J. Bigot, « L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, des obligations et de leur preuve et le contrat d'assurance », *JCP*, 2016, doctr. p. 833; C. Perès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G,* 2016, act. 454

§1 : Les manifestations de l'ordre public dans les obligations d'information de droit commun

L'ordre public évoqué à l'article 1112-1 du Code civil se manifeste par l'interdiction de limiter le champ d'application de l'obligation d'information précontractuelle, mais aussi par l'interdiction d'exclure le devoir d'information de la relation contractuelle (A). Ces interdictions n'ont pas le même objectif. En effet, si la limitation vise à réduire le devoir d'information, l'exclusion se rapporte à une élimination totale du devoir d'information. Dans les obligations d'information implicite, la démarche du législateur pour affirmer l'ordre public est différente. En effet, si dans la bonne foi, l'article 1104 du Code civil dispose expressément qu'il est d'ordre public, les dispositions de l'article 1137 régissant la dissimulation intentionnelle sont muettes ; il faut se rapporter à leurs sanctions pour déceler leurs caractères d'ordre public[539] (B).

A. L'ordre public dans l'obligation d'information explicite

Dans les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil régissant le devoir général d'information, l'ordre public n'est pas expressément affirmé par le législateur comme dans la bonne foi. Dès lors avant d'essayer de cerner les contours de l'ordre public dans l'obligation d'information explicite (2), il convient d'abord de rechercher ses fondements dans les affirmations du législateur (1).

1. La notion d'ordre public dans l'obligation d'information explicite

L'ordre public est une norme impérative dont les individus ne peuvent pas s'écarter ni dans leur comportement ni dans leurs conventions[540]. Ainsi, pour savoir si un article est d'ordre public, les textes peuvent eux-mêmes l'indiquer. C'est l'ordre public textuel. En cas de silence des textes, le juge peut l'affirmer. C'est l'ordre public virtuel[541]. Ainsi, en vertu des dispositions de

[539] J. Bigot, « L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, des obligations et de leur preuve et le contrat d'assurance », *loc. cit.*

[540]Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*. p. 723, V° « Ordre Public »

[541] H. Barbier, note sous Cass. 3e civ., 4 octobre 2018, n° 16-22.095 ; Cass. 3e civ., 22 mars 2018, n° 17-15.830 ; Cass. com., 10 octobre 2018, n° 17-18.547 ; Cass. com., 16 mai 2018, n° 16-16.498 ; Cass. com., 10 octobre 2018, n° 16-22.215, « Quelques précisions utiles à propos de l'ordre public surplombant le contrat *», RTD civ., 2018,* p. 886 ;

l'article 1112-1 du Code civil, les parties ne peuvent pas écarter le devoir d'information dans leur convention. L'ordre public est donc ici textuel.

101. L'ordre public dans l'obligation d'information explicite découle de son caractère impératif. Il est prévu à l'alinéa 5 de l'article 1112-1 du Code civil que les parties ne peuvent ni limiter ni exclure le devoir d'information de leur convention. Ce sont ces deux interdictions qui permettent d'affirmer que l'obligation d'information explicite est d'ordre public. En effet, si l'ordre public traduit la défense de s'écarter d'une norme dans une convention, les interdictions de limitation et d'exclusion du devoir d'information symbolisent le caractère impératif dans l'obligation d'information explicite[542].

Par ailleurs, à supposer que l'article 1112-1 du Code civil n'eût rien prévu sur son caractère impératif, il est tout à fait possible de déceler celui-ci, en se fondant sur les sanctions du manquement au devoir d'information[543]. En effet, sont impératives toutes les dispositions qui sanctionnent par la nullité leur violation. Or, toute violation des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil peut, dans certaines situations, entraîner la nullité du contrat[544]. Donc, la seule sanction du manquement du devoir d'information devait suffire pour déterminer son caractère d'ordre public.

De manière plus générale, lors de la ratification de l'ordonnance réformant le droit des contrats, les parlementaires avaient refusé un amendement qui visait à indiquer dans le Code civil les dispositions qui sont impératives et celles qui ne le sont pas[545]. Il ressortait de cette proposition que les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil sont d'ordre public au même titre que les dispositions sur le dol et la bonne foi[546].

102. L'ordre public dans l'obligation d'information explicite renforce son intensité et répond à un souci de parallélisme des formes avec la bonne foi. Plusieurs raisons peuvent

---

[542] J. Bigot, « L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, des obligations et de leur preuve et le contrat d'assurance », *art. cit.,* p. 833 ; C. Perès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *art. cit.*, act. 454

[543] J. Bigot, « L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, des obligations et de leur preuve et le contrat d'assurance », *loc. cit.* ; C. Perès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *art. cit*., act. 454

[544] *Infra* §149 et s.

[545] O. Deshayes, Th. Genicon, Y-M. Laithier, « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 », *JCP G.,* n° 18, 2018, doctr. p. 529

[546] http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/0315/CION_LOIS/CL11 ; 05/03/2020 ; 10 h 29'

justifier le caractère d'ordre public du devoir d'information de l'article 1112-1 du Code civil[547]. Parmi celles-ci, on peut citer la volonté de renforcer l'intensité de l'obligation d'information. En effet, en affirmant avec rigueur que le devoir d'information est intouchable par les parties, le législateur s'inscrit dans une logique de limitation des restrictions de l'information précontractuelle, indispensable pour un consentement libre et éclairé. Cette rigueur entourant l'obligation d'information sonne comme « une pierre blanche » aux yeux des parties faibles. Elle leur garantit une accessibilité à l'ensemble des informations qui sont déterminantes pour leur consentement. Si dans la vie courante, l'importance de cette protection est négligeable en raison de la faible valeur des transactions, ce n'est pas le cas dans les relations d'affaires où un simple « oui » non réfléchi peut avoir des conséquences dévastatrices chez l'une des parties.
Par ailleurs, le caractère d'ordre public de l'obligation explicite d'information répond à un souci de parallélisme des formes par rapport aux obligations implicites, notamment la bonne foi. En effet, la généralisation de l'ordre public dans toutes les obligations d'informations le met sur un pied d'égalité. Le contraire serait synonyme de conflit de norme entre les dispositions des articles 1104, 1112-1 et 1137 du Code civil. Maintenant que l'on connaît les fondements de la notion d'ordre public dans l'obligation d'information, il faut rechercher ses applications.

2. L'application de la notion d'ordre public dans l'obligation d'information explicite

En vertu des dispositions de l'article 1112-1, alinéa 5 du Code civil « les parties ne peuvent ni limiter ni exclure » le devoir d'information précontractuelle. Deux enseignements peuvent être tirés de cette affirmation. D'une part, il n'est pas possible pour les parties de stipuler des clauses limitatives de devoir d'information et d'autre part, le créancier et le débiteur de l'obligation d'information ne peuvent convenir d'un commun accord d'exclure le devoir d'information.

103. Il est interdit aux parties de limiter le domaine de l'obligation d'information. Il est formellement interdit aux parties de limiter le devoir d'information. La limitation consiste à réduire ce qui peut être dû en matière de devoir d'information[548]. La limitation serait synonyme de réduction du champ d'application du devoir d'information précontractuelle. Ainsi, une clause contractuelle peut réduire soit la quantité, soit la qualité des informations qui devraient être renseignées.

---

[547] M. Mekki, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *art. cit.*, p. 15

[548] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*. p. 628, V° « Limitation »

La clause limitative de la quantité d'information peut ainsi prévoir que seuls certains éléments ou faits sont déterminants pour le consentement des parties. Par exemple, dans un contrat de franchise, les parties peuvent convenir que seules les informations relatives à l'organisation du réseau seront délivrées, limitant ainsi toutes les données qui intéressent le fonctionnement de la relation commerciale. Si de telles clauses semblent suspectes au regard de l'interdiction de limitation du devoir d'information, en revanche, une bonne partie de la doctrine est convaincue que de telles clauses ne limitent pas le devoir d'information, mais l'explicitent[549].

En outre, les clauses limitant la qualité de l'information sont aussi interdites. Par clauses limitant la qualité de l'information, il faut entendre des clauses qui mettront sur le dos du débiteur un devoir d'information qui n'aura rien de déterminant pour le consentement de l'autre partie. La doctrine estime aussi que la quantité ou la qualité de l'information peuvent se trouver dans certains cas limitées notamment lorsque les parties se répartissent la recherche de l'information. Mme Muriel Fabre-Magnan, en faisant une analyse économique de l'obligation d'information[550], a pu démontrer que le devoir d'information se trouverait implicitement limité lorsque la recherche de l'information présente un coût pour son débiteur. En revanche, l'auteur valide la clause lorsqu'elle ne présente pas de coût pour le débiteur[551]. On est du même avis que l'auteur, mais il semble qu'en occultant l'analyse économique, ces clauses peuvent être considérées comme une limitation du devoir d'information. En effet, il se peut que la clause de répartition soit plus pesante du côté du créancier que du côté du débiteur. La clause serait ainsi déséquilibrée parce que le créancier ne maîtrise pas le domaine dans lequel il veut s'engager. Il peut donc croire qu'il a compris tous les éléments qui se rattachent au contrat et dans ce cas, la clause peut s'analyser comme étant une clause limitative du devoir d'information.

104. Il est interdit aux parties d'exclure l'obligation d'information de leur relation contractuelle. L'ordre public visé à l'alinéa 5 de l'article 1112-1 s'intéresse aussi aux clauses qui excluent le devoir d'information. Il faut entendre par "exclure" toutes les clauses qui suppriment totalement le devoir d'information. Ce sont des clauses d'exonération du devoir d'information. Ainsi, toute clause qui prévoit que le débiteur n'est pas tenu d'un devoir d'information n'est pas valable. Ce sont des clauses qui privent de leurs substances l'obligation essentielle du débiteur du devoir d'information. Il faut relever que ces clauses ont été invalidées par la Cour de cassation dans l'arrêt Faurecia du 29 juin 2010. La haute juridiction avait souligné, avec beaucoup de rigueur, que toute clause qui prive de sa substance l'obligation

[549] *Infra* §129

[550] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie, op. cit*. §570

[551] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie, ibid*. §571

essentielle du débiteur est réputée non écrite. Appliquer cette jurisprudence au devoir d'information, conduit à soutenir que toute clause qui exonère totalement le débiteur de son devoir d'information est réputée non écrite.

La doctrine souligne qu'il peut y avoir deux manières d'exclure le devoir d'information. En effet, selon Mme Muriel Fabre-Magnan, l'obligation d'information se trouve exclue lorsqu'il existe entre les parties une clause qui délivre directement le débiteur de son obligation d'information, mais également lorsqu'il y a clause limitative de responsabilité en cas de violation de l'obligation d'information. Mais, il ne semble pas que les clauses limitatives de responsabilité en cas de violation du devoir d'information soient des stipulations excluant le devoir d'information. Lorsque le débiteur bénéficie d'une clause limitative de responsabilité, cela ne veut pas dire qu'il n'est pas tenu de délivrer aux créanciers les informations qui intéressent son consentement. Il se prémunit juste des sanctions résultant du devoir d'information. Donc, toutes les stipulations qui limitent totalement ou partiellement le devoir d'information sont interdites au nom de l'ordre public. On trouve cette même interdiction dans les obligations d'information implicite.

B. L'ordre public dans les obligations d'information implicite

Au même titre que le devoir d'information de l'article 1112-1 du Code civil, les obligations d'information découlant des dispositions régissant la dissimulation intentionnelle et la bonne foi sont d'ordre public. En effet, si pour la réticence dolosive, le caractère d'ordre public n'est pas expressément mis en avant par le législateur (1), tel n'est pas le cas pour la bonne foi (2).

1. L'ordre public dans la dissimulation intentionnelle

Dans la dissimulation intentionnelle, l'ordre public se détecte en se référant aux sanctions de la réticence dolosive, notamment à la nullité ou à la pratique contractuelle.

105. La dissimulation intentionnelle est d'ordre public au regard de la nullité. À défaut de précision expresse par le législateur pour savoir si une disposition textuelle est d'ordre public, il faut se pencher sur sa sanction. Si la sanction conduit à l'anéantissement de l'accord, la disposition est impérative. Ainsi, dès qu'une disposition sanctionne par le réputé non écrit une clause ou frappe de nullité un contrat qui ne respecte pas certaines conditions, elle est

réputée impérative[552]. En appliquant ce raisonnement à la dissimulation intentionnelle, on peut dire que celle-ci est d'ordre public. En effet, la dissimulation intentionnelle est un vice du consentement. Elle est régie par les dispositions relatives au consentement des parties dans les conditions de validité du contrat. Or, il ressort de l'article 1178 Code civil qu'un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul.

La sanction par la nullité interdit aux parties d'écarter par l'effet d'une clause l'application de la dissimulation intentionnelle à leur relation contractuelle. Ce qui veut dire que les parties ne peuvent pas prévoir qu'il soit possible de ne pas révéler des informations déterminantes à son cocontractant. Cette impossibilité se comprend aisément. En effet, la dissimulation intentionnelle, tout comme les autres vices du consentement, est interdite afin de protéger les parties faibles, celles qui n'ont pas les moyens de se procurer l'information indispensable à leur consentement[553]. Dès lors, si les dispositions de l'article 1137 du Code civil n'étaient pas d'ordre public, les parties faibles pourraient en pâtir. Il suffirait de s'entendre sur le fait que chacune des parties n'est pas tenue de renseigner l'autre pour que la protection que le législateur entend accorder aux parties faibles saute. D'ailleurs, ce n'est pas pour rien que lors de la ratification de l'ordonnance un amendement avait été déposé afin que toutes les dispositions régissant le consentement soient déclarées expressément d'ordre public[554].

106. La dissimulation intentionnelle est d'ordre public au regard de la pratique contractuelle. Au-delà de la nature de la sanction, la pratique contractuelle permet d'affirmer que les dispositions régissant la dissimulation intentionnelle sont d'ordre public[555]. En effet, l'article 1137 du Code civil ne remet pas en cause la pratique contractuelle. Avant la réforme, toute dissimulation intentionnelle par l'une des parties était considérée comme un délit civil pouvant entraîner la nullité du contrat[556]. Les parties ne pouvaient pas, même sur la base d'une clause, se réserver le droit de ne pas informer leur cocontractant sur des éléments ou faits qui intéressent leur consentement.

---

[552] J. Bigot, « L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, des obligations et de leur preuve et le contrat d'assurance », *art. cit.,* p. 833 ; C. Perès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *art. cit.*, act. 454

[553] *Supra* §54 et s.

[554] http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/0315/CION_LOIS/CL11 ; 05/03/2020 ; 10 h 29'

[555] J. Bigot, « L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, des obligations et de leur preuve et le contrat d'assurance », *loc. cit*

[556] *Supra* §78 et s.

Cette exigence a été mise en avant par la jurisprudence, car le Code civil ne prévoyait rien sur le silence gardé intentionnellement par l'une des parties[557]. L'ordonnance de 2016 ne fait donc que confirmer une ancienne pratique contractuelle. Cette remarque conforte l'idée selon laquelle la dissimulation intentionnelle est d'ordre public, car la réforme s'inscrit en droite ligne avec ce qui existait avant elle. Les parties ne peuvent donc pas écarter dans le cadre de leur relation contractuelle les dispositions régissant la dissimulation intentionnelle. Toute clause qui s'inscrirait dans ce sens entraînerait la nullité du contrat. Comme relevé précédemment, toute violation d'une loi sanctionnée par la nullité signifie que la disposition violée est d'ordre public. Ce même constat peut être fait dans la bonne foi.

2. L'ordre public dans la bonne foi

Avant la réforme du droit des contrats, plusieurs textes avaient déjà reconnu à la bonne foi son caractère d'ordre public. En effet, l'article 17 des principes UNIDROIT disposait que les parties ne peuvent ni limiter ni exclure la portée de l'exigence de la bonne foi[558]. Par ailleurs, l'article 0 :301, alinéa 2 des Principes contractuels communs abordait dans le même sens[559]. Pour ce qui est de la réforme, si le projet était muet sur la question de l'ordre public[560], l'ordonnance définitive l'a intégré dans son corpus. Désormais, il ressort des dispositions de l'article 1104 du Code civil que les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi et que ces exigences sont d'ordre public. Ce qui veut donc dire que d'une part la bonne foi interdit à une partie de se ménager le droit d'agir de mauvaise foi et d'autre part elle interdit aussi aux parties de réduire sa portée[561].

107. La bonne foi interdit à une partie de se ménager le droit d'agir de mauvaise foi. À la lecture des dispositions de l'article 1104 du Code civil, il est possible d'affirmer très clairement que la bonne foi interdit aux parties d'insérer des clauses contractuelles qui prévoient la possibilité d'agir de mauvaise foi dans la phase précontractuelle. Cette assertion se justifie par le fait que la bonne foi « est une et indivisible » [562]. On ne peut être à la fois de bonne et de

[557] *Supra* §74 et s.
[558] Ph. Le Tourneau, M. Poumarède, « Bonne foi », *Rép., civ.,* D. 2017, §51
[559] Ph. Le Tourneau, M. Poumarède, « Bonne foi », *loc. cit.*
[560] M. Mekki, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *art. cit.,* p.816
[561] J. Heinich, « Principes fondateurs du droit du contrat », in *Le Lamy Droit des contrats, op. cit.,* §129
[562] M. Mekki, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *art. cit.,* p. 816

mauvaise foi. Les clauses de mauvaise foi ne peuvent ainsi pas prospérer. Elles seront systématiquement sanctionnées par le juge. D'ailleurs, ce n'est pas pour rien que la Cour de cassation avait admis depuis très longtemps l'invalidité d'une clause de garantie du passif, par laquelle les parties avaient exclu tout passif d'origine fiscale ou sociale qui se révélerait postérieurement à la cession, mais serait né avant la date de la cession[563]. Les juges du droit estimaient en effet que l'exigence de bonne foi imposait au cédant d'informer le cessionnaire des conséquences éventuelles d'un accident du travail[564]. Les exigences de contracter de bonne foi ont ainsi une valeur supérieure à toute stipulation contractuelle qui légaliserait la mauvaise foi.

Dès lors, avec cet ordre public, le détenteur d'une information qui pourrait intéresser le consentement de son cocontractant doit impérativement lui en faire part sous peine de mauvaise foi. Ce pan de la bonne foi constitue ainsi un renforcement non négligeable de l'obligation d'information déclinée à l'article 1112-1 du Code civil. En effet, si ce dernier interdit aussi la limitation et l'exclusion de l'obligation d'information, elle ne couvre pas tout le domaine de la bonne foi[565]. Celle-ci protège mieux le débiteur de l'information au regard de la quantité des informations qui doivent être fournies. À titre d'illustration, le caractère d'ordre public de l'obligation d'information ne semble pas interdire les clauses de garantie de passif qui vont à l'encontre de l'intérêt du débiteur de l'information.

108. La bonne foi interdit également aux parties de limiter sa portée. L'ordre public dans la bonne foi, c'est aussi une interdiction de toutes les clauses limitatives de la portée de celle-ci[566]. En effet, les parties ne peuvent pas, sous couvert d'une stipulation contractuelle, réduire le champ d'application de la bonne foi. Comme relevé précédemment, la bonne foi semble avoir une portée beaucoup plus importante que le devoir d'information de l'article 1112-1 du Code civil. Elle peut couvrir des informations qui ne rentrent pas forcément dans le champ d'application de l'obligation d'information explicite[567]. Dès lors, toute clause qui limiterait la portée de la bonne foi pour soustraire une information au débiteur ne serait pas valable. Il y aurait une clause limitative de la portée de la bonne foi si les parties conviennent par exemple

---

563 Cass. 1re civ, 15 mars 2005, n° 01-13.018, Dr. et Patri 2005, n° 144, p. 87, A. Laurent ; Rev. Sociétés 2005, n° 3 p. 587, M. Nicolas ; BMIS 2005, n° 10, p. 1126 H. Lécuyer ; RTD civ., n° 20, p. 5, J. Mestre ; Lxb hebdo, éd. pr. gén. 2005, n° 163, D. Jean-Philippe

564 J. Mestre, B. Fages, note sous Cass. com., 22 février 2005, n° 01-13.642, « Le caractère impératif de la protection du consentement contractuel », *RTD civ*., 2005, p. 773

565 *Supra* §95 et s.

566 J. Heinich, « Principes fondateurs du droit du contrat », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, n° 129

567 *Supra* §95 et s.

qu'elles ne sont tenues de délivrer que des informations qui rentrent dans le champ d'application de l'article 1112-1 du Code civil. Le caractère d'ordre public de la bonne foi lors de la formation du contrat interdit une telle clause.

Cette interdiction de limiter la portée de la bonne foi est très bénéfique pour le créancier d'une obligation d'information précontractuelle. Il bénéficie en effet d'une triple protection vis-à-vis de son débiteur. Car, outre la protection de l'article 1112-1 du Code civil relatif au devoir d'information explicite, le créancier peut revendiquer des informations au débiteur en se fondant soit sur la dissimulation intentionnelle[568] soit sur la bonne foi[569].

En définitive, le caractère d'ordre public se retrouve dans toutes les obligations d'information précontractuelle. Mais, l'ordre public y apparaît de manière différente. Toutefois, cette différence ne change rien à la portée de l'ordre public qui interdit toute altération contractuelle de l'obligation d'information. À présent, il faut s'intéresser aux enjeux de cet ordre public dans les obligations d'information précontractuelle.

§2 : L'application des obligations d'information de droit commun d'ordre public

L'ordre public étant caractérisé dans toutes les obligations d'information précontractuelle, il se pose maintenant la question de l'apport de cet ordre public dans les relations contractuelles présentes et à venir. En effet, les dispositions régissant les obligations d'information précontractuelle ayant le caractère de loi nouvelle, il est tout à fait intéressant de déterminer l'application de celles-ci dans le temps au regard de l'ordre public (A).

Par ailleurs, l'application de la loi relevant du pouvoir exclusif du juge, il faut là aussi essayer de s'interroger sur l'approche que ce dernier pourrait adopter vis-à-vis des obligations d'information précontractuelle d'ordre public (B).

A. L'application des obligations d'information de droit commun dans le temps

Les dispositions régissant les obligations d'information précontractuelle ne doivent, en vertu de l'article 6 du Code civil, s'appliquer que pour l'avenir ; elles ne doivent point rétroagir à des situations juridiques conclues avant leur entrée en vigueur. Mais, cette interdiction expresse de la rétroactivité des obligations d'information précontractuelle est-elle de nature à empêcher

[568] *Supra* §78 et s.

[569] *Supra* §91 et s.

aussi celles-ci de s'appliquer immédiatement ? La lecture des dispositions régissant l'application de la réforme du contrat est pour la survie de la loi ancienne par rapport aux nouvelles obligations d'information précontractuelle (1). Toutefois, l'analyse de la jurisprudence rendue juste après l'entrée en vigueur de la réforme peut conduire à relativiser l'application du principe de survie de la loi ancienne au détriment des nouvelles obligations d'information précontractuelle (2).

1. L'application du principe de survie de la loi ancienne

La réforme du droit des contrats est entrée en vigueur le 1er octobre 2016 selon l'article 9 de l'ordonnance. Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne[570], y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public[571]. Cette approche du législateur est très claire. En effet, les obligations d'information précontractuelle ne sont pas applicables aux contrats conclus avant la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance. Les fenêtres qui auraient permis leur application immédiate sont aussi fermées. Il n'est pas possible d'appliquer les nouvelles obligations d'information précontractuelle en se fondant sur la théorie des effets légaux du contrat ou encore sur l'ordre public impérieux.

109. Il n'est pas possible d'appliquer immédiatement les nouvelles obligations d'information en se fondant sur la théorie des effets légaux du contrat. La théorie des effets légaux du contrat permet une application immédiate de la loi nouvelle. Elle se fonde sur le fait que certains contrats ont une réglementation tellement impérative que les parties sont obligées de se soumettre à un statut légal[572]. Ainsi, s'il y a une nouvelle loi qui réglemente cette matière impérative, celle-ci devient d'application immédiate. C'est ce que la Cour de cassation avait dit dans son avis en date du 16 février 2015. Cet avis était relatif à l'application de la loi ALUR de 2014 relative au délai de grâce qui avait modifié l'article 24 de la loi de 1989. En effet, la loi ALUR avait permis au juge d'accorder au locataire un délai de grâce de 3 ans alors que la loi 1989 limitait ce délai à 2 ans. Dès lors, la Cour de cassation avait donné son avis sur la question pour savoir si la loi ALUR pouvait s'appliquer immédiatement à des baux conclus avant son

[570] Cass. 1re civ., 19 septembre 2018, n° 17-24.347, RLDC 2019/166, n° 6529, note K. Lafaurie ; AJ Contrat 2018, p. 478, note G. Chantepie ; Contrats, conc. consom. 2019, repère 2, obs. L. Leveneur ; D. 2019, p. 279, obs. M. Mekki ; JCP E 2019, 1071, obs. J-B. Seube ; CA Rennes, ord., 10 janvier 2017, no 15/07311 ;
[571] J. Heinich, « L'application dans le temps de la réforme du droit du contrat », in *Le Lamy Droit des contrats, Wolters Kluwer*, 2022, §55
[572] J. Ghestin, H. Barbier, *Introduction générale : Droit objectif et droit subjectif, Sources du droit,* T. 1, 5e éd., 2018, §610

entrée en vigueur. La haute Cour avait estimé que « la loi nouvelle régissant immédiatement les effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées, il en résulte que l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989 modifié par la loi du 24 mars 2014 en ce qu'il donne au juge la faculté d'accorder un délai de trois ans au plus au locataire en situation de régler sa dette locative s'applique aux baux en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi du 24 mars 2014 »[573]. Cette solution a été réitérée quelque temps après par la Cour de cassation dans son arrêt du 17 avril 2016[574]. Donc pour les juges du droit, le fait qu'une loi nouvelle prévoit la survie de la loi ancienne n'est pas un obstacle à l'application de la loi nouvelle aux effets légaux d'un contrat[575].

La lecture des dispositions issues de la réforme du droit des contrats offre un large panorama d'articles qui peuvent être appliqués immédiatement à des situations juridiques antérieures sous le fondement des effets légaux du contrat. C'est notamment le cas des dispositions régissant l'inexécution du contrat, le renouvellement, les restitutions, la réduction du prix, la résiliation[576]. Mais, force est de constater que les dispositions régissant les différentes obligations d'information précontractuelle ne peuvent pas bénéficier d'une application immédiate sur le fondement des effets légaux du contrat. En effet, les obligations d'information précontractuelle interviennent avant la conclusion du contrat. Il n'y a donc pas de contrat pour que celui-ci puisse avoir un effet légal. Seul un contrat peut avoir des effets. Les obligations d'information précontractuelle étant des instruments pour favoriser cette conclusion du contrat, leur manquement ne peut avoir aucun effet légal sur le contrat. Par ailleurs, même à supposer qu'elles puissent générer des effets légaux sur le contrat, la nouvelle rédaction de l'article 9, depuis la ratification, interdit toute application des dispositions issues de la réforme à des situations antérieures sous couvert des effets légaux du contrat[577]. C'est ce qu'a confirmé l'arrêt

---

[573] Cass. avis, 16 février 2015, n° 14-70011 ; RTD civ. 2015. 569, obs. P. Deumier

[574] Cass. 3e civ. 17 novembre 2016, n° 15-24.552 ; Rev. Loyers 2017, n° 975, p. 105, P. Michel, F., Sophie, De L. François ; Rev. Huissiers 2017, n° 1 p. 2 E. Savaux, R-N. Schültz

[575] H. Barbier, note Cass. 3e civ., 17 novembre 2016, n° 15-24.552 ; « L'application immédiate de la loi nouvelle aux effets légaux du contrat… un enseignement à tirer pour l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ*., 2017, p. 118

[576] J. Ghestin, H. Barbier, *Introduction générale : Droit objectif et droit subjectif, Sources du droit, op. cit.,* §613 ; J. Heinich, « L'application dans le temps de la réforme du droit du contrat », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §57 ; [576] H. Barbier, note Cass. 3e civ., 17 novembre 2016, n° 15-24.552 ; « L'application immédiate de la loi nouvelle aux effets légaux du contrat… un enseignement à tirer pour l'ordonnance du 10 février 2016 », *loc. cit.*

[577] N. Bareït, « Le dernier mot. À propos de la nouvelle rédaction de l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance du 10 février 2016 », *RDC,* 2018, p. 470 ; J. Heinich, « L'application dans le temps de la réforme du droit du contrat », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §60 ; A. Bénabent, « Application dans le temps de la loi de

de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 25 octobre 2022 : « la cour entend rappeler qu'en application des dispositions de l'article 9 de l'ordonnance du 10 février 2016 portant dispositions transitoires, les contrats conclus avant la date du 1er octobre 2016 demeurent soumis à la loi ancienne, y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public »[578].

110. Il n'est pas possible d'appliquer immédiatement les nouvelles obligations d'information précontractuelle en se fondant sur l'ordre public impérieux. Lorsqu'une loi nouvelle est qualifiée d'ordre public impérieux, elle s'applique immédiatement à des situations juridiques antérieures. Mais, toute disposition d'ordre public n'est pas nécessairement une disposition d'ordre public impérieux. Une loi est qualifiée d'ordre public impérieux si l'ordre public concerné est d'un niveau supérieur, un impératif particulier qui conduit inéluctablement à écarter la survie de la loi ancienne[579]. Ainsi, la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que seules les dispositions qui sont d'ordre public impérieux peuvent s'appliquer immédiatement après leur entrée en vigueur à des situations juridiques antérieures. En effet, dans un arrêt rendu le 3 mars 2009, la haute Cour avait estimé que « les dispositions de la loi du 15 mai 2001 modifiant l'article L. 441-6 du Code de commerce, qui répondent à des considérations d'ordre public particulièrement impérieuses, sont applicables, dès la date d'entrée en vigueur de ce texte, aux contrats en cours »[580].

Dès lors, la réforme du droit des contrats offre des dispositions qui peuvent être considérées comme étant d'ordre public impérieux. Tel est le cas de l'article 1112-1 du Code civil régissant le devoir d'information explicte[581]. En effet, cette disposition vise à protéger les parties faibles au moment de la conclusion. Or, la protection des parties faibles peut être considérée comme relevant d'un intérêt général particulièrement important pour le législateur de 2016. Un constat similaire peut être fait sur les articles 1104 et 1137 du Code civil relatifs respectivement à la

---

ratification de la réforme des contrats (article 16 de la loi du 20 avril 2018 », *D*. 2018, p. 1024, spéc. nº 6 ; D. Mazeaud, note sous Cass. soc., 21 septembre 2017, n° 16-20.103, « Droit des obligations et application de la loi nouvelle aux contrats en cours : deux leçons de la chambre sociale », *D.,* 2017 p. 2007

[578] CA Aix-en-Provence, ch. 1-1, 25 octobre 2022, n° 22/04380

[579] Ph. Malaurie, P. Morvan, *Introduction au droit*, LGDJ, 9e éd., 2022, §261 ; J. Ghestin, H. Barbier, *Introduction générale : Droit objectif et droit subjectif, Sources du droit, op. cit.,* §608 ; J. Heinich, « L'application dans le temps de la réforme du droit du contrat », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.,* §60

[580] Cass. com., 3 mars 2009, nº 07-16.527, Bull. civ. IV, nº 31, D. 2009, p. 725, obs. E. Chevrier ; D. 2009, p. 2888, obs. D. Ferrier ; Voir aussi : Cass. 3e civ., 7 novembre 1968, Bull. civ. III, n°444, JCP G 1969, II, n° 15771 ; Cass. 3e civ., 1re juillet 1987, n° 83-11.285, Bull. civ. III, n°138 ; Cass. com., 26 février 1991, n° 89-12.497, Bull. civ. IV, n°86 ; Cass. 1re civ., 17 mars 1998, n° 96-12.183, Bull. civ. I, n° 115 ; Cass. 1re civ., 4 décembre 2001, n° 98-18.411, Bull. civ. I, n° 307

[581] J. Heinich, « L'application dans le temps de la réforme du droit du contrat », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.,* §60

bonne foi et à la dissimulation intentionnelle. Ainsi, au nom de l'ordre public impérieux de ces dispositions, le juge peut les appliquer immédiatement à des contrats en cours de négociation avant le 1er octobre 2016 s'il constate que l'une des parties a manqué de renseigner l'autre par négligence ou volontairement.

Toutefois, une telle lecture de l'application dans le temps des dispositions régissant les obligations d'information n'était possible qu'avant la ratification de l'ordonnance. En effet, depuis que celle-ci a été ratifiée, le législateur a pris le soin de sauvegarder la survie de la loi ancienne. En effet, l'article 9, alinéa 2 dans sa nouvelle rédaction précise que les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance demeurent soumis à la loi ancienne, y compris pour les dispositions d'ordre public[582]. Donc en se conformant à la loi, il est tout à fait possible d'affirmer qu'il n'est pas possible d'appliquer immédiatement les nouvelles obligations d'information précontractuelle à des situations juridiques antérieures en se fondant sur l'ordre public impérieux. Mais, quelques arrêts rendus par la Haute Cour après l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats conduisent à relativiser une telle affirmation.

2. La relativité de l'application du principe de survie de la loi ancienne

L'affirmation selon laquelle les nouvelles obligations d'information précontractuelle ne peuvent faire l'objet d'application immédiate n'est pas absolue. En effet, malgré l'interdiction qui est faite au juge de se fonder sur la théorie des effets légaux du contrat et de l'ordre public impérieux, ce dernier a toujours des moyens de faire appliquer immédiatement les obligations d'information à des situations juridiques antérieures. Les quelques solutions rendues juste avant la modification de l'article 9 de l'ordonnance de la réforme confortent cette position.

111. La possibilité pour le juge d'interpréter le droit ancien à la lumière du droit nouveau. Les nouvelles obligations d'information précontractuelle peuvent être appliquées immédiatement à des situations juridiques antérieures par le juge. Pour ce faire, le juge peut interpréter le droit ancien à la lumière du droit nouveau[583]. Cette technique d'application originale du nouveau droit a commencé à être mise en place par la Cour de cassation. En effet, au lendemain de l'entrée en vigueur de la réforme, la haute Cour a usé de deux techniques pour

[582] J. Heinich, « L'application dans le temps de la réforme du droit du contrat », in *Le Lamy Droit des contrats, loc. cit.*

[583] J. Heinich, « L'application dans le temps de la réforme du droit du contrat », in *Le Lamy Droit des contrats, op. cit.,* §60

appliquer immédiatement certaines dispositions nouvelles[584]. La première consiste à appliquer indirectement les nouveaux textes à un problème de droit né avant la réforme. Il s'agit pour les hauts magistrats de s'inspirer des nouvelles dispositions sans le préciser expressément. Tel fut le cas dans l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 6 décembre 2017 relatif à un contrat sur la preuve. Il s'agissait dans cette espèce d'un contrat de licence et de distribution portant sur un progiciel. Le contrat stipulait que la procédure de recette incombait au licencié qui disposait d'un délai de quinze jours à compter de la livraison du progiciel pour dénoncer tout "dysfonctionnement" en remplissant une "fiche individuelle d'identification écrite" et qu'à défaut de réserve respectant ce formalisme, le progiciel devait être considéré comme tacitement recetté. Ainsi la question était de savoir si cette clause ne constituait pas une présomption irréfragable au profit de l'éditeur du progiciel. La Cour de cassation a répondu positivement à cette question en soulignant « que si les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition, ils ne peuvent établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable ; qu'ayant estimé que la société RBI rapportait la preuve que la société BIT ne lui avait pas livré un progiciel qui pouvait fonctionner et être commercialisé, ce dont il résulte qu'elle avait renversé la présomption de recette tacite résultant de l'absence de réserve respectant le formalisme contractuellement prévu, la cour d'appel n'avait pas à procéder à la recherche invoquée par la dixième branche »[585]. Cette décision se rapproche aux mots près du nouvel article 1356 du Code civil[586]. La Cour de cassation fait ainsi une application de la réforme en s'inspirant tacitement d'elle[587].

La deuxième technique d'application immédiate de la réforme par la haute Cour consiste à se référer directement au nouveau droit. Ici, les juges du droit ne se cachent pas derrière leur décision pour appliquer implicitement les nouvelles dispositions ; ils s'y réfèrent directement

---

[584] J. Heinich, « L'application dans le temps de la réforme du droit du contrat », in *Le Lamy Droit des contrats, ibid.,* §64

[585] Cass. com., 6 décembre 2017, nº 16-19.615, Bull. civ IV, nº 159, D. 2018, p. 327, note G. Lardeux ; RTD civ. 2018, p. 123, obs. H. Barbier ; AJ Contrat 2018, p. 37, obs. Th Douville ; RDC 2018, p. 205, obs. J. Klein

[586] J. Heinich, « L'application dans le temps de la réforme du droit du contrat », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.,* §65

[587] Cass. com., 6 décembre 2017, n° 16-19.615, Bull. civ IV, no 159, D. 2018, p. 327, note G. Lardeux ; RTD civ. 2018, p. 123, obs. H. Barbier H. ; AJ Contrat 2018, p. 37, obs. Th. Douville ; RDC 2018, p. 205, obs. J. Klein ; Cass. com., 7 février 2018, n° 16-20.352, Bull. civ. IV, n° 19, D. 2018, p. 537, note D. Mazeaud ; Gaz. Pal., 2018, p. 25, obs. D. Houtcieff; RDC 2018, p. 196, obs. J. Knetsch ; RLDC 2018/160, n° 6448, obs. A. Tadros

sur le fondement de leur pouvoir d'interprétation[588]. En effet, dans son arrêt de la chambre mixte du 24 février 2017, pour procéder à la distinction entre nullité relative et nullité absolue, la Cour de cassation soulignait : « la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général, tandis que la nullité est relative lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé ; (...) l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment l'objectif poursuivi par les dispositions relatives aux prescriptions formelles que doit respecter le mandat, lesquelles visent la seule protection du mandant dans ses rapports avec le mandataire ; (...) l'existence de dispositions protectrices du locataire, qui assurent un juste équilibre entre les intérêts de ce dernier et ceux du bailleur, et la finalité de protection du seul propriétaire des règles fixées par les articles 7, alinéa 1er, de la loi du 2 janvier 1970 et 72, alinéa 5, du décret du 20 juillet 1972 conduisent à modifier la jurisprudence et à décider que la méconnaissance des règles précitées doit être sanctionnée par une nullité relative »[589].

Ces deux approches des juges du droit sur l'application immédiate des nouvelles dispositions sur la preuve peuvent parfaitement être empruntées pour appliquer immédiatement les nouvelles obligations d'information précontractuelle à des situations juridiques pourtant antérieures à leur entrée en vigueur.

112. La possibilité pour le juge de moduler dans le temps les effets d'une règle nouvelle.

La deuxième limite à la survie de la loi ancienne est la possibilité pour le juge de moduler dans le temps les effets d'une règle nouvelle. Cette technique consiste à se fonder sur la nécessité d'uniformiser les décisions de justice. Ainsi, au nom de cette uniformisation, les hauts magistrats peuvent appliquer immédiatement une nouvelle disposition à des situations juridiques déjà en cours[590]. Cette technique permet ainsi d'avoir une meilleure lisibilité de la loi. L'application simultanée de deux législations à une même situation juridique ne favorise pas l'accessibilité de la règle de droit. Dès lors, le rapprochement des nouvelles règles aux situations en cours permet d'avoir une lisibilité de la loi. C'est cette technique que la haute Cour

[588] J. Heinich, « L'application dans le temps de la réforme du droit du contrat », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.,* §65

[589] Cass. ch. mix., 24 février 2017, nº 15-20.411, Bull. civ. ch. mix., nº 1, D. 2017, p. 793, note B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2017, p. 377, obs. H. Barbier, AJ Contrat 2017, p. 175, obs. D. Houtcieff ; Dans le même sens : Cass. soc., 21 septembre 2017, nº 16-20.103 et Cass. soc., 21 septembre 2017, nº 16-20.104, Bull. civ. V, nº 148, RLDC 2017/153, nº 6371, note F. Buy ; D. 2017, p. 2007, note D. Mazeaud ; Gaz. Pal. 10 octobre 2017, p. 13, note M. Latina ; RTD civ. 2017, p. 837, obs. H. Barbier

[590] R. Boffa, M. Mekki, « Droit des contrats », *art. cit.*, p. 310

a empruntée dans l'arrêt du 10 juin 2020[591] pour appliquer immédiatement l'ordonnance n° 2019-740 du 17 juillet 2019 relative aux sanctions applicables aux taux d'intérêt conventionnels dans les contrats de crédit à une situation juridique déjà en cours[592].
La Cour de cassation, en essayant de moduler dans le temps les effets des nouvelles obligations d'information, peut les appliquer à des situations déjà en cours. C'est donc au juge de déterminer la portée à accorder aux nouvelles obligations d'information précontractuelle[593]. L'exclusion des effets légaux du contrat et de l'ordre public impérieux ne peut pas faire obstacle à l'application immédiate des nouvelles obligations d'information précontractuelle d'ordre public. Il se pose maintenant la question de l'application de ces obligations d'information d'ordre public par le juge à la fois sur le plan interne et international.

B. L'application des obligations d'information de droit commun par le juge

Le caractère d'ordre public des nouvelles obligations d'information précontractuelle pose également la question de l'application de celles-ci dans l'espace. La problématique de l'application des nouvelles obligations d'information précontractuelle dans l'espace se pose aussi bien sur le plan interne (1) que sur le plan international (2).

1. L'application des obligations d'information de droit commun sur le plan interne

L'omniprésence de l'ordre public dans toutes les obligations d'information précontractuelle conduit à s'interroger sur l'attitude que peut adopter le juge relativement à une affaire qui appelle l'application de celle-ci. Peut-il relever d'office le manquement d'une obligation d'information ? Si la réponse est négative pour ce qui est du devoir d'information stricto sensu et de la dissimulation intentionnelle, le doute existe pour ce qui est de la bonne foi.

113. L'impossibilité pour le juge de relever d'office le devoir d'information et la dissimulation intentionnelle. Dans l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil, l'ordre public n'est pas expressément affirmé par le législateur. Il découle plutôt de

[591] Cass. 1re civ., 10 juin 2020, n° 18-24.287, D. 2020. 1440, 1434, note J.-P. Sudre, et 1441, note J.-D. Pellier ; RDI 2020. 448, obs. H. Heugas-Darraspen ; AJ contrat 2020. 387, obs. F. Guéranger ; RTD civ. 2020. 605, obs. H. Barbier ; RTD com. 2020. 693, obs. D. Legeais
[592] R. Boffa, M. Mekki, « Droit des contrats », *art. cit.*, p. 310
[593] N. Bareït, « Le dernier mot. À propos de la nouvelle rédaction de l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance du 10 février 2016 », *art. cit.* p. 470

l'interdiction qui est faite aux parties de limiter ou d'exclure le devoir d'information[594]. Pour la dissimulation intentionnelle, l'ordre public est tiré de la nullité, qui est la sanction d'un tel acte[595]. Ainsi, pour ces deux obligations d'information précontractuelle, l'ordre public n'est pas prononcé par le législateur de manière explicite. Ce silence permet, en effet, d'affirmer que le juge ne peut pas relever d'office le manquement d'un devoir d'information ou la commission d'une dissimulation intentionnelle. Cette assertion est fondée sur le fait que le simple caractère impératif d'une disposition ne suffit pas pour que le juge puisse relever ce que l'une des parties aurait dû elle-même soulever[596]. C'est sur les parties que pèse la charge des moyens. Le juge ne relève d'office un moyen que dans des cas très limités[597] comme lorsqu'une disposition est expressément déclarée d'ordre public.

D'ailleurs, lorsque l'ordre public n'est pas clairement exprimé par les textes, le relevé d'office n'est possible que si le législateur le prévoit expressément. En effet, en droit de la consommation, l'article R. 632-1 du Code de la consommation[598] autorise le juge à écarter d'office l'application d'une clause abusive [599]. Cette approche du législateur consumériste repose sur la protection des consommateurs considérés comme des parties faibles. Le simple caractère impératif du droit de la consommation n'aurait pas suffi à protéger efficacement le consommateur contre les agissements des professionnels.

En droit commun des contrats, telle n'est pas la position du législateur. L'absence d'une disposition législative prévoyant la possibilité pour le juge de relever d'office le devoir d'information précontractuelle ou encore la dissimulation intentionnelle laisse supposer que le caractère impératif de ceux-ci suffit à protéger le débiteur de l'obligation d'information précontractuelle. C'est une position tout à fait justifiée. Dire que le juge peut relever d'office la violation d'un devoir d'information ou la dissimulation intentionnelle pourrait conduire à une insécurité contractuelle pour les parties. En effet, le champ d'application du devoir d'information n'est pas clairement défini, ce qui fait qu'un élément peut être considéré comme déterminant par le juge alors que tel n'est pas le cas pour les parties[600].

---

[594] *Supra* §101 et s.

[595] *Supra* §105 et s.

[596] N. Balat, « Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ? », *D*. 2018, p. 2099

[597] Art. R. 632-1, al. 2, c. consom.

[598] V° aussi l'article L. 141-4. C. consom.

[599] Cass. 1re civ., 22 janvier 2009, n° 05-20.176 ; D. 2009. 908, note S. Piedelièvre ; RTD com. 2009. 421, obs. D. Legeais ; Contrats, conc. Consom 2009, n° 88, obs. G. Raymond

[600] *Supra* §36

Par ailleurs, comme on le verra[601], le caractère impératif du devoir d'information et de la dissimulation intentionnelle n'interdit pas aux parties de repréciser clairement la nature des informations qui intéressent leur consentement. Dès lors, une information peut être considérée par le juge comme étant déterminante alors que tel n'est pas le cas pour les parties. Donc le mieux, c'est de responsabiliser les parties : c'est à elles qu'il revient de soulever tout manquement précontractuel en lien avec leurs consentements devant le juge.

114. L'existence de doute sur la possibilité pour le juge de relever d'office la bonne foi.

Si le juge ne peut pas relever d'office le manquement d'un devoir d'information précontractuelle et la dissimulation intentionnelle, le doute existe quant à la bonne foi. En effet, contrairement aux deux premiers fondements de l'obligation d'information précontractuelle, la bonne foi est expressément déclarée par le législateur comme étant d'ordre public[602]. Cette distinction législative peut permettre de penser que le législateur donne au juge la possibilité de relever d'office toute mauvaise foi qui n'aurait pas été soulevée par les parties[603]. En effet, si le législateur voulait juste interdire, par l'effet d'une clause, la suppression des exigences de la bonne foi, il pouvait se contenter d'affirmer son caractère impératif comme il l'a fait pour la rupture des négociations et pour le devoir d'information précontractuelle. Mais, tel n'est pas le cas. Le caractère d'ordre public de la bonne foi peut être considéré comme une ouverture du relevé d'office.

Toutefois, le juge optera-t-il pour un relevé d'office systématique lors de chaque mauvaise foi précontractuelle ? Dans l'affirmative, cette approche pourrait faire « l'effet d'une bombe contractuelle » [604]. Le juge serait en effet un juge des torts contractuels. Il passerait ainsi outre ses missions. Par ailleurs, cette démarche porterait atteinte à l'attractivité du droit français. Donc, si la lettre de l'article 1104 du Code civil incite pour un relevé d'office de la mauvaise foi des parties par le juge, son esprit milite pour le contraire[605]. Il faut s'intéresser maintenant à l'application des obligations d'information sur le plan international.

---

[601] *Infra* §129 et s.

[602] *Supra* §107 et s.

[603] N. Balat, Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ?, *op. cit.,* p. 2099

[604] N. Balat, Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ?, *loc. cit*

[605] N. Balat, Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ?, *loc. cit*

2. L'application des obligations d'information de droit commun sur le plan international

Sur le plan international, l'application des nouvelles obligations d'information précontractuelle n'est pas prévue par le législateur. Mais le caractère d'ordre public de ces obligations d'information peut conduire à se demander si elles peuvent être considérées comme des lois de police ou des lois d'ordre public international.

115. Les nouvelles obligations d'information précontractuelle sont-elles des lois de police ? L'article 9, 1° du Règlement Rome I disposent qu'« une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ». Dès lors, la question se pose de savoir si les articles 1104, 1112-1 et 1137 du Code civil sont des lois de police. Ces dispositions sont-elles instituées pour la sauvegarde des intérêts publics de la France ? [606] Rien ne permet de répondre très clairement à ces questions au regard de la réforme. L'identification d'une loi de police relève en principe de la compétence du législateur,[607] mais exceptionnellement le juge peut considérer une disposition comme étant une loi de police[608].

Toutefois, avant d'essayer de chercher une réponse à ces questions, il faut d'abord répondre à celle-ci : les obligations d'information précontractuelle relèvent-elles de la matière contractuelle ou de la matière délictuelle ? Cette question aussi n'est pas clairement tranchée. Néanmoins, pour certains auteurs, les manquements commis lors de la formation du contrat vicient le consentement des parties, ce qui affecte le contrat final. Il est donc tout à fait possible d'appliquer ces manquements au régime de la responsabilité contractuelle[609].

Ainsi, en vertu de ce qui précède, c'est la loi du contrat qui serait applicable à tout manquement à une obligation d'information précontractuelle[610]. Or, il ressort du 1° de l'article 3 du

---

[606] H. Barbier, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *art. cit.*

[607] Exemple le législateur considère l'article 711-2 C. Consom. sur le surendettement comme une loi de police.

[608] V. Parisot, *Le Droit international privé en schémas*, ellispses, 2017, p. 48 ; P. Mayer, V. Heuzé, B. Remy, *Droit international privé*, LGDJ, 12e éd., 2019, § 124 et s. ; M.-L. Niboyet G. G. De la Pradelle*, Droit international privé*, LGDJ, 7e éd., 2020, § 263 et s.

[609] M-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, 2e éd., Sirey, 2019, §289 ; B. Bourdelois, « Réflexions sur le traitement des relations précontractuelles en droit international privé », in *Mél. Philippe Malaurie*, *Defrenois*, 2005, p. 107

[610] M-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, *ibid.,* §290

Règlement Rome I que le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Toutefois, la question se poserait si les parties portaient leur choix sur une loi étrangère. Dans ce cas, les dispositions régissant les obligations d'information précontractuelle peuvent-elles nonobstant ce choix s'appliquer immédiatement au contrat ? Pour répondre à cette question, il faut vérifier si ces dispositions remplissent les critères d'une loi de police. Si l'on estime que les obligations d'information précontractuelle sont érigées pour assurer une protection fiable pour les parties faibles, il est tout à fait possible de penser qu'elles répondent à un intérêt public notamment économique au regard du droit des affaires. D'ailleurs, des auteurs estiment que l'obligation d'information précontractuelle de l'article L.112-1 du Code des assurances visant à protéger le consentement des parties, mais également du marché peut être considérée comme étant une loi de police[611].

Toutefois, on pense que si parmi les obligations d'information précontractuelle, il y en a une qui peut revêtir le caractère de loi de police, ce serait la bonne foi. En effet, c'est le seul fondement de l'obligation d'information précontractuelle auquel le législateur attribue à la fois le critère de principe directeur en droit des contrats et d'ordre public. Elle constitue ainsi une vitrine du droit des contrats français. Sa violation pourrait être considérée comme une méconnaissance de l'esprit du droit des contrats français et donc d'une loi de police. Mais, le manque de jurisprudence pour étayer cette assertion fragilise notre analyse même s'il faut aussi noter que les caractères d'ordre public et de principe directeur des contrats ne sont reconnus à la bonne foi que depuis la réforme de 2016.

Pour ce qui est de la dissimulation intentionnelle, le juge français a déjà eu à dire que les dispositions régissant les vices du consentement, notamment le dol, ne sont pas des lois de police[612]. L'article 1112-1 du Code civil devrait aussi suivre le même sort d'autant plus que cette disposition est un ordre public de protection et non de direction contrairement à ce que l'on peut supposer pour la bonne foi[613].

116. Les nouvelles obligations d'information précontractuelle sont-elles d'ordre public international ? En France, une disposition est d'ordre public international s'il correspond à l'une des trois grandes catégories suivantes : la disposition doit répondre à un principe de justice universelle, elle doit être un fondement politique ou social de la civilisation française ou encore

[611] J. Bigot, V. Heuzé, Al., *Le contrat d'assurance,* in Traité de droit des assurances, T. 3, 2e éd., LGDJ, 2014, §2652

[612] Cass. civ., 1er, 3 janvier 1963, Bull. Civ. I, n° 6 ; Civ., 1er, 7 octobre 1997, n° 95-16.879

[613] *Infra* §117 et s.

elle doit participer à la sauvegarde de certaines politiques législatives de la France[614]. Dès lors, la question qui se pose est de savoir si les dispositions régissant les différentes obligations d'information précontractuelle remplissent l'une de ces conditions. L'ordre public interne étant distinct de l'ordre public international, il convient dès lors de vérifier le caractère d'ordre public international de chacune des obligations d'information précontractuelle[615].

Ainsi, pour ce qui est des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, il est possible de constater qu'elles ne sont pas un principe de justice universelle comme la non-discrimination[616]. Elles ne peuvent pas être considérées par l'opinion universelle comme douées d'une valeur internationale. Ceci s'explique par le fait que l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil ne vise qu'à renforcer l'intégrité du consentement des parties. Or, le fait de ne pas révéler à une partie une information déterminante pour son consentement n'aura aucun impact dans l'opinion française ou internationale. Ce manquement ne choquera que la victime. L'article 1112-1 du Code civil ne pourrait donc pas être considéré comme un principe de justice universelle. De même, cette disposition ne peut pas être considérée comme un fondement politique ou social de la civilisation française. Elle n'a rien à avoir avec la soupape de la République française. Elle est une règle ordinaire dont la violation ne peut pas avoir un impact sur la France.

Quant à son rattachement à la sauvegarde d'une politique législative, le doute est permis. En effet, l'obligation d'information précontractuelle, l'une des principales innovations de la réforme du droit des contrats de 2016, a une tendance fortement protectrice des parties faibles[617]. L'article 1112-1 du Code civil vise avant tout à mettre au même niveau d'information les deux parties avant l'échange des consentements. Il s'inscrit donc dans cette logique protectrice qu'incarne la réforme. Dès lors, il est tout à fait possible de penser qu'un contrat international qui méconnaîtrait le devoir d'information précontractuel serait contraire à la politique législative française sur la protection des parties faibles.

La même lecture peut être adoptée pour ce qui est de l'application internationale de l'article 1104 sur la bonne foi et de l'article 1137 du Code civil sur la dissimulation intentionnelle. Ces

---

614 V. Parisot, *Le Droit international privé en schémas*, *op. cit.,* p.114 ; P. Mayer, V. Heuzé, B. Remy, *Droit international privé*, *op. cit.,* §200 et s. ; M.-L. Niboyet G. G. De la Pradelle*, Droit international privé*, *op. cit.,* §382 et s.

615 V. Parisot, *Le Droit international privé en schémas*, *loc. cit.*

616 Cass. soc. 10 mai 2006, n° 03-46593, RDC 2006, n° 2006/4 - p. 1260-1268 P. Deumier ; Revue Critique de Droit International Privé RCDIP,° 4 p. 856 E. Pataut, P. Hammje ;

617 Beaucoup de dispositions issues de la réforme du droit des contrats protègent la partie faible comme les dispositions sur la bonne foi, sur la confidentialité, sur les clauses abusives, sur l'imprévision,

deux dispositions ne peuvent pas être considérées comme relevant de l'ordre public international si l'on se fonde sur le principe de justice universelle ou sur la politique sociale de la civilisation française. En revanche, le raisonnement contraire peut être autorisé pour ce qui est du possible rattachement de la bonne foi et de la dissimulation à la sauvegarde d'une politique législative française.

En définitive, il est très aisé de percevoir le caractère d'ordre public de toutes les obligations d'information précontractuelle. Mais, cette étiquette n'aura pas beaucoup d'incidence sur l'application des obligations d'information précontractuelle aussi bien dans le temps que dans l'espace. Toutefois, cette omniprésence de l'ordre public n'est pas absolue ; elle doit être relativisée.

Section 2 : La relativité de l'omniprésence de l'ordre public dans les obligations d'information en droit commun

Le caractère d'ordre public des obligations d'information précontractuelle n'est pas absolu. Que ce soit l'obligation d'information explicite de 1112-1 du Code civil ou les obligations d'information des articles 1104 et 1137 du Code civil, le créancier peut renoncer librement à son droit d'être informé. Cette renonciation exonère ainsi le débiteur de son obligation d'information (§1). Par ailleurs, l'ordre public des différentes obligations d'information précontractuelle ne s'oppose pas à certains aménagements contractuels comme l'intensification ou la précision du champ d'application de l'obligation d'information (§2).

§1 : La possibilité de renoncer aux obligations d'information précontractuelle

Le créancier d'une obligation d'information précontractuelle peut décider de s'en passer. En effet, pour des questions de célérité, il peut arriver que le créancier renonce purement et simplement à son droit d'être informé[618]. Toutefois, cette renonciation est subordonnée à certaines conditions préalables (A). Ce n'est qu'en respectant celles-ci que les effets de la renonciation pourront être constatés (B).

[618] B. Fages, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *art. cit.*, p. 529

A. Les conditions de la renonciation aux obligations d'information

En principe, au nom de la liberté contractuelle, peu importe l'objectif dans les obligations d'information, le créancier devrait pouvoir renoncer à son droit à l'information. Le seul obstacle qu'on pouvait y relever était l'impossibilité de déroger à une règle d'ordre public au nom de la liberté contractuelle[619]. Mais, il est acquis, depuis très longtemps en jurisprudence,[620] qu'il est possible de renoncer à un droit qui intéresse l'ordre public de protection si certaines conditions sont remplies. En effet, il faut que le droit soit au préalable acquis[621] (1) et que la renonciation soit intervenue en parfaite connaissance de cause[622] (2).

1. L'acquisition préalable d'un droit à l'information

Le créancier d'une obligation d'information précontractuelle peut renoncer à son droit en vertu de l'ordre public de protection. Dès lors, il faut relever que seul le droit acquis préalablement peut être abandonné et que cette acquisition peut être constatée dès les premières heures des tractations contractuelles.

117. Le droit à l'information est protégé par un ordre public de protection. Les obligations d'information précontractuelle sont des ordres publics de protection[623]. Elles visent à protéger le créancier contre des accords qui pourront lui être préjudiciables[624]. À la différence de l'ordre public de direction, l'ordre public de protection ne protège que des intérêts particuliers[625]. Dans le cadre des obligations d'information précontractuelle, c'est le créancier qui est protégé. La délivrance d'informations déterminantes à ce dernier avant la conclusion du contrat lui permet de faire un meilleur choix contractuel. Il acquiert toutes les informations

---

619 Article 1102 c. civ.

620 Cass. 3e civ., 27 octobre 1975, Bull. civ. III, n° 310, p.234 ; Cass. 3e civ., 30 avr. 1969, *Bull. civ*. III, n° 344 ; 20 février 1985, *JCP* 1986.II.20639, note B. Boccarra

621 Cass. 1er civ., 17 mars 1998, n° 96-13.972 ; Dr. et Patri, n° 134, p. 132, D. Poracchia ; Defrénois, n° 11, p. 732 Ph. Delebecque , J-L. Aubert, D. Mazeaud

622 Cass. 3e civ., 13 juin 2007, n° 06-14.172

623 J. Mestre, note sous Cass. 1re civ., 9 décembre 1997, n° 95-15.494 ; Cass. 1re civ., 17 mars 1998, n° 96-13.972 ; Cass. 3e civ., , 11 juin 1997, n° 95-19.606 ; Cass. 1re civ., 06 janvier 1998, n° 95-21.205, « De la renonciation au bénéfice d'une règle d'ordre public de protection », *RTD civ.,* 1998, p. 670 ; B. Fages, *Droit des obligations, op. cit.*, §100 ; S. Regnault, « Bail commercial : le tropisme de l'ordre public », *Loyers et Copr*., n° 12, 2017*,* §5

624 B. Mercadal, *,BRDA,* 6/18, 15/03/18), §19

625 J. Mestre, note sous Cass. 1re civ., 1re, 9 décembre 1997, n° 95-15.494 ; Cass. 1re civ., 17 mars 1998, n° 96-13.972 ; Cass. 3e civ., 11 juin 1997, n° 95-19.606 ; Cass. 1re civ., 06 janvier 1998, n° 95-21.205, « De la renonciation au bénéfice d'une règle d'ordre public de protection », *RTD civ.,* 1998, p. 670

indispensables pour un consentement libre et éclairé. Dès lors, toute disposition qui interdirait la mise à l'écart ou encore la limitation de cette information ne peut être considérée que comme une faveur accordée au créancier. Étant une faveur et non un devoir, le créancier peut ainsi librement y renoncer.

D'ailleurs, un certain nombre d'auteurs[626] sont convaincus que la renonciation est possible d'autant plus qu'elle n'est pas une limitation ou une exclusion du devoir d'information. Le professeur Bertrand Fages, partisan de la doctrine de la renonciation, a remarqué que la renonciation au devoir d'information doit s'analyser comme une ignorance illégitime[627].

Toutefois, selon un auteur, l'ordre public de protection ayant pour objectif de protéger les faiblesses du bénéficiaire, ce dernier ne devrait pas pouvoir renoncer à cette protection légale même s'il en a déjà acquis le droit. Cette analyse lie la renonciation à la disparition de la faiblesse du bénéficiaire, ce qui est d'ailleurs la raison d'être de la loi d'ordre public. Malheureusement, la Cour de cassation ne suit pas cette position doctrinale[628].

118. Le droit à l'information est acquis dès les premières heures de la tractation contractuelle. Le droit à l'information s'acquiert dès les premières tractations pour la conclusion du contrat. L'acquisition du droit à l'information n'intervient pas après la formation du contrat, c'est plutôt le droit d'action en justice qui intervient à ce stade. Le créancier peut dès le début des tractations contractuelles renoncer à son droit à l'information sans que cette renonciation vienne mettre en mal la théorie des droits acquis. Mais, il n'est pas exclu que la renonciation puisse être partielle. Le créancier peut ainsi renoncer à un domaine d'information bien déterminé comme la situation antérieure du débiteur en matière de distribution.

Toutefois, si le créancier se rend compte que son débiteur lui avait caché une information déterminante au moment de la conclusion du contrat, il peut toujours librement renoncer à son droit de demander la nullité ou d'engager la responsabilité de son cocontractant. Ce raisonnement a été validé par la Cour de cassation dans une affaire de révision de loyer[629]. En effet, lors de la conclusion d'un bail commercial, les parties avaient inséré une clause selon laquelle le preneur renonce pendant toute la durée du bail à faire fixer judiciairement le loyer. Mais celle-ci n'a pas empêché le locataire de solliciter la révision du loyer à la baisse, poussant

---

[626] B. Fages, *Droit des obligations*, *op. cit.* §100 *;* H. Fabre, « Dol, réticence dolosive et devoir d'information dans les cessions de droits sociaux », *art. cit.*, p. 1327

[627] B. Fages, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *art. cit.*, p. 529

[628] G. Couturier, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une veille notion neuve », in *études offertes à Jacques Flour*, *op. cit.,* § 4

[629] Cass. 3e civ., 30 mars 2017, n° 16-13.914 ; D., n° 27, p. 1572, M-P. Dumont-Lefrand

ainsi le bailleur à s'opposer à cette demande. La cour a estimé que la renonciation par le preneur à son droit d'obtenir la révision ne peut valablement intervenir qu'une fois ce droit acquis, soit après l'augmentation du loyer de plus d'un quart par le jeu de la clause d'échelle mobile. Si l'on était en matière d'obligation d'information, on pourrait dire que l'action en justice ne pouvait intervenir qu'une fois que l'obligation d'information aurait été manquée.

2. La libre renonciation à l'information

La deuxième condition pour que la renonciation à l'obligation d'information soit valable est qu'elle doit se faire librement. Ainsi, la renonciation ne doit pas être imposée et elle doit être non équivoque.

119. La renonciation doit être libre. Le créancier qui entend renoncer à son droit d'être informé doit le faire en toute liberté. Cette exigence empêche ainsi le débiteur d'utiliser sa position favorite pour demander au créancier de renoncer à son droit. La renonciation doit dès lors remplir toutes les conditions d'un consentement libre et éclairé. Il ne doit pas découler d'une violence, d'un dol ou encore d'une erreur. À défaut, il n'y a pas de renoncement. Le créancier pourrait invoquer le manquement à l'obligation d'information précontractuelle pour, soit obtenir des dommages et intérêts, soit obtenir la nullité du contrat.

La renonciation à l'obligation d'information n'est qu'une application de la liberté contractuelle. Elle permet ainsi aux parties de déterminer librement des modalités de la négociation contractuelle sans pour autant exclure ou limiter le champ d'application de l'obligation d'information. Renoncer n'est pas synonyme de "limiter" ou "d'exclure". Si le renoncement implique une absence d'informer, il n'est pas une exclusion. Celle-ci suppose un acte bilatéral passé entre le créancier et le débiteur alors que le renoncement est un acte unilatéral qui ne concerne que le créancier. Une partie qui renonce librement à être informée n'engage qu'elle. La responsabilité du débiteur ne peut pas ainsi être engagée sauf s'il a forcé le créancier à abandonner son droit.

120. La renonciation doit être non équivoque. La renonciation à l'obligation d'information doit être exprimée par le créancier de façon explicite[630]. Il doit clairement manifester au débiteur son désir de ne pas être renseigné sur les informations qui sont déterminantes pour son consentement. Toute renonciation qui n'est pas clairement exprimée pourrait être considérée

[630] J. Mestre, note sous Cass. 1re civ., 9 décembre 1997, n° 95-15.494 ; Cass. 1re civ., 17 mars 1998, n° 96-13.972 ; Cass. 3e civ., 11 juin 1997, n° 95-19.606 ; Civ. 1re, 06 janvier 1998, n° 95-21.205, « De la renonciation au bénéfice d'une règle d'ordre public de protection », *art. cit.,* p. 670

comme un acte inexistant. Les juges ne pourront pas, sur un fait ou acte autre que la renonciation, constater le bien-fondé du manque d'information vis-à-vis du créancier[631]. La renonciation pourrait dès lors ne produire aucun effet sur la formation du contrat. Le débiteur serait dans l'obligation de mettre à la disposition du créancier toutes les informations qui intéressent le consentement de ce dernier.

Toutefois, il se pose la question de la renonciation tacite. Le juge peut-il déduire la renonciation à l'obligation d'information du créancier sur le fondement de certaines circonstances ? La haute juridiction a répondu, depuis très longtemps, positivement à cette question[632]. En effet pour des époux qui n'avaient pas restitué à la banque les sommes qu'ils lui devaient malgré la résolution du contrat, la haute Cour avait estimé qu'« ayant relevé qu'après la résolution judiciaire d'une vente d'immeuble, les emprunteurs avaient conservé la disposition de la somme prêtée, restituée par le vendeur, en avaient disposé à des fins autres que le remboursement du prêt et qu'en outre le prêteur n'avait pas été attrait à l'instance en résolution de la vente, une cour d'appel retient, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que les emprunteurs ont manifesté leur volonté de ne pas se prévaloir de l'interdépendance des deux contrats et en déduit à bon droit que le contrat de prêt n'a pas été résolu ». Ce qui permet ainsi d'affirmer que dans certaines situations, le juge peut estimer que le créancier a, du fait de son comportement, a renoncé implicitement à son droit d'être informé[633]. Maintenant que les conditions de la renonciation sont clairement exposées, il faut s'intéresser à ses effets.

B. Les effets de la renonciation aux obligations d'information

La renonciation à l'obligation d'information précontractuelle entraîne une extinction du devoir d'information pesant sur la partie ayant connaissance d'une information déterminante pour le consentement de l'autre (1). Elle conduit aussi à une extinction de l'action en justice pour manquement à une obligation d'information précontractuelle (2).

1. L'inexistence d'une obligation d'information

631 Cass. civ. 1ère, 11 juin 1997 Bull. civ. III, n° 134 ; RTD civ. 1998, p.670, note J. Mestre

632 Cass. civ. 1ère, 6 janvier 1998 Bull. civ. I, n° 6, p. 4 ; RTD civ. 1998, p.670 note J. Mestre

633 J. Mestre, note sous Cass. 1re civ., 9 décembre 1997, n° 95-15.494 ; Cass. 1re civ., 17 mars 1998, n° 96-13.972 ; Cass. 3e civ., 11 juin 1997, n° 95-19.606 ; Civ. 1ère, 06 janvier 1998, n° 95-21.205, « De la renonciation au bénéfice d'une règle d'ordre public de protection », *art. cit.,* p. 670

La renonciation à l'obligation d'information précontractuelle éteint la teneur de celle-ci. En effet, une fois la renonciation du créancier constatée, son ignorance devient illégitime[634] au même titre que sa confiance au débiteur.

121. En cas de renonciation, l'ignorance du créancier et sa confiance au débiteur deviennent illégitimes. L'ignorance légitime du créancier est un des principaux faits générateurs de l'obligation d'information précontractuelle[635]. Le fait déterminant pour le consentement ne doit pas être connu du créancier. À défaut, son ignorance devient illégitime et il ne peut plus être créancier d'une obligation d'information précontractuelle. Toutefois, avec le mécanisme de la renonciation, le créancier peut aussi perdre la légitimité de son ignorance et de son droit à être informé.

En effet, la renonciation peut rendre l'ignorance du créancier illégitime même si l'information dissimulée ou manquée par le débiteur lui est inaccessible. L'acte de renonciation ôte au créancier toute légitimité de se faire renseigner par son cocontractant. Ce dernier peut ainsi se garder de mettre à la disposition du créancier toutes informations pertinentes pour son consentement. Il est libéré de l'obligation d'information précontractuelle par l'illégitimité de l'ignorance.

Par ailleurs, en cas de renonciation, le créancier ne peut pas invoquer sa confiance au débiteur pour revendiquer l'exécution d'une obligation d'information précontractuelle. La confiance étant le deuxième fait générateur de l'obligation d'information précontractuelle selon l'article 1112-1 du Code civil, la renonciation à celle-ci empêche ainsi toute invocation de la confiance au débiteur.

122. En cas de renonciation, le créancier doit se renseigner lui-même sur les informations qui l'intéressent. Le créancier qui décide de se passer de l'obligation d'information précontractuelle doit lui-même assurer son information[636]. Cela s'explique par le fait que le débiteur, après renonciation du créancier, n'est lié par aucune obligation d'information. Il a ainsi le droit de ne pas révéler au créancier les informations pertinentes qu'il détient. Pour s'informer, le créancier peut ainsi se contenter de ses propres connaissances ou recourir à un appui extérieur comme l'expertise. Dans tous les cas, s'il y a des coûts dans la recherche de l'information, ils pèseront sur le créancier. Donc, avec la renonciation, l'ignorance

---

634 A. Lecourt, note sous Cass. com., 30 mars 2016, n° 14-11.684, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques », sous Com. 30 mars 2016, n° 14-11.684, *RTD com*., 2016, p. 767

635 *Supra* §26 et s.

636 *Supra* §54 et s.

du créancier devient illégitime de même sa confiance au débiteur. Il doit ainsi lui-même assurer son information puisqu'il ne pourrait pas engager une action en justice contre le débiteur.

2. L'inexistence d'une action en justice pour inexécution de l'obligation d'information

La renonciation à l'obligation d'information par le créancier éteint toutes les actions judiciaires relatives aux manquements de celle-ci. Il ne peut pas y avoir d'action en nullité et encore moins d'action en responsabilité civile.

123. En cas de renonciation, le créancier ne peut demander la nullité du contrat pour vice du consentement. Il est prévu qu'en cas de manquement à une obligation d'information précontractuelle, le créancier puisse demander la nullité du contrat si la défiance a entraîné un vice du consentement[637]. Mais, le créancier qui renonce librement à son droit d'être informé par son cocontractant pourrait-il demander la nullité du contrat si le silence du débiteur vicie son consentement ? À cette interrogation, il faut répondre par la négative. Le créancier ne peut pas demander la nullité du contrat pour vice du consentement s'il renonce à son droit d'être informé. Il n'est pas possible de revendiquer un droit dont on est plus titulaire. La renonciation purge la faute du débiteur qui a ainsi le droit de garder le silence sur toutes les informations déterminantes qui intéressent le consentement de son cocontractant. Le silence qui entraîne ainsi un vice est valable. Il ne peut conduire à l'annulation du contrat.

124. En cas de renonciation, le créancier ne peut pas engager la responsabilité civile du débiteur pour manquement à une obligation d'information. En principe, le manquement à une obligation d'information précontractuelle peut conduire à l'allocation de dommages et intérêts[638]. Le créancier peut ainsi se faire indemniser par le débiteur tout en maintenant l'existence du contrat. Toutefois, avec la renonciation, cette sanction ne peut pas être encourue par le débiteur. Le créancier ayant abandonné son droit de se faire informer ne peut plus invoquer le défaut de respect de l'obligation d'information par débiteur. Ce dernier n'a en effet aucune obligation d'informer le créancier. C'est à lui qu'il revient de se renseigner sur les informations qui l'intéressent. Dès lors, l'allocation de dommages et intérêts pour manquement à une obligation d'information précontractuelle ne peut pas être envisagée. La renonciation au devoir d'information atteint toute action en justice relative au manquement à une obligation

[637] *Infra* §157 et s.
[638] *Infra* §149 et s.

d'information précontractuelle. Toutefois, si le débiteur livre une information au créancier alors qu'il n'est pas obligé, cet acte l'engage. Il est lié par la véracité de cette information. La fausseté de celle-ci peut ainsi engager sa responsabilité civile[639].

Donc, la renonciation, un des symboles de la limite de l'omniprésence de l'ordre public des obligations d'information précontractuelle, a principalement deux conséquences. La première c'est la disparition de l'obligation d'information précontractuelle qui pèse sur le débiteur, et la seconde c'est l'impossibilité d'une action en justice pour manquement à une obligation d'information précontractuelle. L'omniprésence de l'ordre public des obligations d'information précontractuelle n'interdit pas également aux parties d'aménager les obligations d'information précontractuelle.

§2 : La possibilité d'aménager les obligations d'information précontractuelle

L'ordre public des obligations d'information précontractuelle n'est pas un ordre public comme les autres. Il n'interdit pas, d'une part, les parties d'intensifier leur obligation d'information (A) et d'autre part, il est tout à fait possible pour les parties d'expliciter celle-ci (B).

A. La possibilité d'intensifier les obligations d'information

Pour certains auteurs, l'ordre public rattaché aux obligations d'information est très rigide. Le législateur n'a pas laissé les parties prendre des risques dans l'échange de leur consentement en supprimant purement et simplement l'obligation d'information[640]. L'ordre public étant en l'espèce une protection, il n'interdit pas les partis de renforcer l'obligation d'information précontractuelle. Pour ce faire, elles peuvent emprunter certaines modalités contractuelles (1). Mais, ce renforcement de l'obligation d'information précontractuelle n'est pas exempt de tout risque (2).

1. Les modalités d'intensification des obligations d'information

L'ordre public attaché au devoir d'information n'interdit que la limitation ou l'exclusion. Qu'en est-il de la validité de la clause par laquelle les parties décident de se fournir plus

[639] J. Mestre, note sous Cass. com., 06 févier1996, n° 93-12.868, « Les effets de la renonciation au jeu d'une condition suspensive », *RTD civ.,* 1996, p. 613

[640] L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, *op. cit.,* §222

d'information ? Peut-elle être valable ? Il faut noter que les parties peuvent intensifier leur obligation d'information précontractuelle soit sur la base d'une clause soit spontanément.

125. Les parties peuvent se soumettre plus d'obligations d'information que celles qui sont exigées par la loi sur la base d'une clause. Il est tout à fait possible pour les parties d'alourdir le devoir d'information[641]. Le législateur n'interdit pas aux parties de déroger positivement aux dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. Or, tout ce qui n'est pas interdit est permis ! Par ailleurs, le devoir d'information vise à éviter le déséquilibre contractuel comme le souligne le rapport au président de la République[642] ; par conséquent, toute clause qui vise à multiplier les obligations d'information est la bienvenue. Ainsi, les parties peuvent se soumettre plus d'informations que celles prévues par les textes. Il est possible qu'elles stipulent, au-delà des informations qui sont directement déterminantes pour leurs consentements, celles qui intéressent indirectement leurs acquiescements. Ce qui reviendrait à étendre l'obligation d'information à des faits qui ne sont pas forcément relatifs au contenu ou à la qualité des parties[643].

Mais, une telle stipulation a peu d'utilité pour les parties. En revanche, une clause qui prévoit que les parties sont tenues de livrer des informations intéressant la valeur des prestations peut sembler très importante[644]. En effet, la communication de la valeur de la prestation[645] étant expressément interdite depuis la jurisprudence Baldus, avant d'être consacrée par la réforme, peut être glissée dans le champ du devoir d'information par le truchement d'une clause. La jurisprudence a d'ailleurs annulé par le passé, un contrat de franchise pour défaut de sincérité des informations relatives au marché local et qui ont été délivrées sciemment par le franchiseur alors qu'il n'était pas tenu de le faire[646].

---

641 M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie, op. cit.* §572 ; I. Urbain-Parleani, « Le devoir d'information et les cessions de droits sociaux brèves remarques », in *Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats,* J. Heinich et V. Thomas (dir.), *art. cit.,* p. 511 ; B. Fages, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *art. cit.*, p. 529; J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §541

642 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, NOR : JUSC1522466P, JO 11 février 2016

643 *Supra* §38 et s. ; §52 et s.

644 J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §541

645 *Supra* §54 et s.

646 Cass. com., 11 février 2003, n° 01-03.932 ; LPA, n° 119, p. 10, J-Ph Dom, E. Baccichetti ; LPA, n° 186, p. 3, V. Perruchot-Triboulet

126. Les parties peuvent se délivrer spontanément plus d'information que celles qui sont exigées par la loi. En plus de la clause qui contraint les parties à délivrer plus d'informations que celles qui sont exigées, les parties peuvent renforcer leur obligation d'information sur la base de la spontanéité. Ainsi, une partie qui détient une information non couverte par la notion d'information déterminante de l'article 1112-1 du Code civil, et par une clause, peut décider de la délivrer promptement à son cocontractant. Par exemple, une partie peut renseigner son cocontractant sur la valeur de sa prestation alors qu'elle n'est pas tenue légalement ou conventionnellement de le faire. Parce qu'elle veut que son cocontractant s'engage en toute connaissance de cause sans aucune lésion, elle lui livre la valeur de sa prestation. Cette approche contractuelle se rapproche du solidarisme contractuel qui veut que l'une des parties participe au succès contractuel de l'autre. Ce qui est tout à fait différent du libéralisme contractuel.

Dans les contrats d'affaires, il serait difficilement concevable que la partie qui a des informations importantes pour l'autre non couvertes par l'obligation d'information puisse les livrer spontanément. La recherche de profit étant le principal objectif de ces contrats, la moindre information qui peut participer au renforcement de ce profit devient non négligeable. Mais, dans les contrats à faible valeur ajoutée, il est tout à fait concevable qu'une partie qui détient une information sur la valeur de la prestation de son cocontractant la livre sans y être obligée. Cependant, il faut relever que la délivrance spontanée d'information par une partie l'engage[647]. Elle est tenue de la véracité de celle-ci, et à défaut, sa responsabilité peut être engagée ou le contrat peut être annulé pour vice de consentement.

2. Les risques liés à l'intensification des obligations d'information

L'intensification de l'obligation d'information précontractuelle n'a pas que des effets positifs. Elle peut aussi comporter des risques pour les parties. Avec l'alourdissement de l'obligation d'information, les parties peuvent s'exposer à un déséquilibre. En outre, l'accroissement du champ de l'obligation d'information peut nuire à la qualité de l'information.

127. L'intensification peut entraîner un déséquilibre entre les parties. Une stipulation contractuelle qui met sur la tête d'une partie plus d'obligations d'information que son cocontractant peut encourir une sanction. Mme Muriel Fabre-Magnan, qui soutient la doctrine

[647] A. Sériaux, *Manuel du Droit des obligations*, 4e éd., PUF, 2020, §21 ; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénedé, *Droit civil : Les obligations*, 12e éd., D., 2022, §337

de l'extension du devoir d'information dans sa thèse de doctorat, émet une réserve sur la possibilité d'alourdir le devoir d'information[648]. L'auteur précise qu'il faut faire la distinction selon qu'en se chargeant d'obligations supplémentaires, le contractant allège ou non les obligations de son cocontractant. En effet, lorsque l'un des contractants accepte de prendre à sa charge l'exécution de l'obligation pesant habituellement sur son cocontractant, la clause doit en réalité être analysée comme une clause limitative des obligations de ce dernier [649]. Or, toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite[650]. Mme Fabre-Magnan vise ici les clauses par lesquelles une partie accepte de supporter, de manière déséquilibrée, un devoir d'information. Cette pratique pourrait d'ailleurs être analysée comme une limitation du devoir d'information. En effet, avec la réforme, le devoir d'information est « bilatéralisé »[651]. Ce qui veut dire que chacune des parties est à la fois débitrice et créancière. Ainsi, faire peser plus d'obligations sur l'une des parties diminue en parallèle les obligations de l'autre, ce qui est interdit par la loi[652].

L'intensification de l'obligation d'information précontractuelle, pour qu'elle soit valable, doit être répartie de manière équilibrée entre les parties. À défaut, la partie qui supporte plus d'obligations d'information précontractuelle peut se retourner contre son cocontractant pour manquement à une obligation d'information précontractuelle. Mais, ce n'est pas le seul risque de l'intensification de l'obligation d'information précontractuelle. Il y a aussi le risque de nuire à la qualité de l'information.

128. L'intensification peut nuire à la qualité de l'information délivrée. L'autre inconvénient de l'alourdissement de l'obligation d'information précontractuelle est la nuisance de la qualité de l'information. En effet, il n'y a pas de lien direct entre la quantité de l'information reçue et l'intégrité du consentement. On peut recevoir peu d'information et avoir un consentement éclairé comme on peut recevoir une multitude d'informations sans qu'on soit bien informé. D'ailleurs, on dit souvent que trop d'information tue l'information. Une partie qui reçoit trop d'information peut se perdre dans ses choix contractuels. Or, l'objectif principal de l'obligation d'information précontractuelle est de faciliter les choix du bénéficiaire de l'information et non de les rendre plus compliqués.

---

[648] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *ibid.* §572

[649] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *loc. cit.*

[650] Art. 1170 C. civ.

[651] *Supra* §17 et s.

[652] *Supra* §54 et s.

Le champ d'application de l'obligation d'information est déjà tellement vaste[653] que l'étendre ne peut que compliquer son exécution pour le débiteur. Il aura plus d'obligations et donc plus de risque de manquer à son devoir d'information. Le mieux est de privilégier la qualité de l'information à la quantité. S'il y a la quantité sans la qualité, l'obligation d'information perd une grande partie de sa raison d'être. L'intensification de l'obligation d'information doit ainsi s'orienter vers la qualité. Elle peut ainsi consister en une précision exacte des informations qui doivent être délivrées par les parties. D'ailleurs, cette faculté n'est pas exclue par le caractère d'ordre public des obligations d'information précontractuelle.

B. La possibilité d'expliciter les obligations d'information précontractuelle

L'interdiction de limitation et d'exclusion des obligations d'information précontractuelle n'interdit pas les parties d'expliciter leur devoir d'information[654]. Elles peuvent en effet recourir à plusieurs modalités pour définir le champ d'application de leur devoir d'information (1), ce qui peut, sans doute, présenter beaucoup d'intérêts (2).

1. Les modalités d'explicitation des obligations d'information

Le caractère d'ordre public des obligations d'information précontractuelle n'interdisant pas les parties à préciser les contours de celles-ci, les cocontractants peuvent ainsi recourir à plusieurs modalités pour arriver à cette fin. Elles peuvent, en effet, procéder à la définition de la notion d'information déterminante qui reste trop floue ou encore déterminer le régime de preuve applicable à l'obligation d'information précontractuelle.

129. Les parties peuvent déterminer les informations qui sont déterminantes pour elles. La notion d'information déterminante n'étant pas facile à comprendre, il est conseillé aux parties de la définir[655] ; c'est-à-dire de préciser très clairement les informations qui sont

---

[653] *Supra* §36

[654] M. Mekki, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *art. cit.*, p. 15; M. Fabre-magnan, *Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.,* §368 ; B. Fages, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *art. cit.*, p. 529

[655] M. Mekki, « La réforme du droit des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *art. cit.* p. 7 ; O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p. 107 ; J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §541 ; Caffin-Moi M., « Les vices du

déterminantes pour elles. D'ailleurs, le professeur Fages ne voit pas, dans le cadre d'un contrat de cession de droits sociaux, ce qui empêcherait les parties de « fixer un seuil de matérialité en deçà duquel les informations sont réputées n'avoir aucune importance déterminante » [656]. Ces stipulations auront le mérite d'écarter toutes les informations inutiles qui risquent de nuire à la compréhension des informations utiles[657]. C'est ce qu'un auteur appelle « essentialiser » le devoir d'information précontractuelle[658]. L'ordre public de faveur permet aux parties de porter leurs engagements uniquement sur ce qui est essentiel pour elles. Ces clauses ne font que renforcer la qualité des consentements et n'altèrent aucunement le devoir d'information.

En outre, les parties peuvent préciser aussi les moyens par lesquels les informations doivent être portées à la connaissance du créancier d'autant plus qu'il n'est pas précisé si les faits doivent être transmis oralement, par support écrit, ou de manière électronique. Il est aussi possible de prévoir qu'après l'exécution de l'obligation d'information, le créancier devra le reconnaître par le biais d'une déclaration[659].

Il faut enfin noter qu'une clause de répartition de recherche de l'information peut aussi être une stipulation sans que cela soit contraire aux dispositions de l'article 1112-1 du Code civil[660]. À travers cette clause, chaque partie connaît à l'avance les informations qu'elle doit délivrer à son cocontractant et ce n'est qu'en cas de manquement à celles-ci qu'on pourra dire qu'il y a un manquement à son devoir d'information.

130. Les parties peuvent préciser le régime de la preuve et de la responsabilité des obligations d'information. Avec le caractère d'ordre public de l'obligation d'information précontractuelle, la question est de savoir si les parties peuvent aménager leurs règles probatoires[661]. Cette interrogation se justifie par le fait que les nouvelles dispositions de l'article

---

consentement », in *Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats*, *art. cit*., n° 244 ; Fages B., « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *art. cit*., p. 529 ; M. Fabre-magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *art. cit.*, p. 706 ; J-J. Ansault, D. Swinburne, « Réforme du droit des contrats. Premières réflexions sur les évolutions des opérations de fusion -acquisition », *art. cit.,* p. 1307 ; H. Fabre, « Dol, réticence dolosive et devoir d'information dans les cessions de droits sociaux », *art. cit.*, p. 1327

[656] B. Fages, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *ibid.* p. 529.

[657] *Supra* §46 et s.

[658] J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §541

[659] B. Fages, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *art. cit.*, p. 529

[660] M. Fabre-magnan, *Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral*, *ibid,* §368

[661] M. Mekki, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *art. cit.*, p. 15 ; G. Chantepie, M. Latina, « *avant-propos »* in Le renouveau du droit des obligations : perspectives

1356 du Code civil disposent que « les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition ». Les parties peuvent ainsi convenir des clauses sur la charge de la preuve, l'objet de la preuve, les modes de preuve, mais il n'est pas a priori possible de mettre en place une clause sur la force probante ; cette clause lierait le juge et par conséquent le priverait de son pouvoir d'appréciation[662]. Dès lors, l'autre question qui se pose est de savoir si le régime probatoire est un droit disponible dans l'obligation d'information. Ainsi, le législateur, en disant que les parties ne peuvent ni limiter ni exclure l'obligation d'information, ne veut pas dire que toutes les clauses sur l'obligation d'information sont nulles. Seules les clauses qui sont en rapport avec le domaine de l'obligation sont visées par l'interdiction. Le régime probatoire reste donc à la libre disposition des parties. Elles peuvent donc mettre en place des clauses pour régir à leur manière le régime probatoire des obligations d'information[663]. En effet, les parties peuvent mettre la preuve de l'exécution de l'information sur l'une d'elles ou encore définir les moyens de preuves recevables en cas de conflit.

Outre les précisions sur la preuve, l'interdiction de limitation ou d'exclusion de l'obligation d'information ne peut pas empêcher les parties de réglementer la responsabilité qui pourrait résulter du manquement à une obligation d'information. Elles peuvent ainsi prévoir des clauses limitatives de responsabilité[664] ou encore prévoir le préjudice réparable en cas de manquement. Ces précisions peuvent présenter, dans le futur, beaucoup d'intérêts pour les parties.

2. L'intérêt de l'explicitation des obligations d'information

franco-japonaises, G. Chantepie, M. Latina, A. Ohsawa (sous-dir), *L'Harmattan,* 2020, p. 18 ; J. M. Mousseron, P. Mousseron, J. Raynard, J-B. Seube, *Technique contractuelle, op. cit.,* § 545

[662] H. Barbier, note sous Cass. com., 24 janvier 2018, n° 16-19.866, « Un point sur le régime des clauses aménageant la force probante », *RTD civ.,* 2018, p. 415 ; H. Barbier, note sous Cass. com., 6 décembre 2017, n° 16-19.615, « La conversion en présomption simple d'une présomption irréfragable établie par une clause de preuve », *RTD civ.* 2018, p. 123 ; M. Mekki, « La gestion contractuelle du risque de la preuve », *RDC,* 2009, p. 453

[663] M. Fabre-magnan, *Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral*, *ibid,* §368 ; A. Bénabent, Droit des obligations, 19e éd., LGDJ, 2021, §69. Mais sur une autre obligation précontractuelle : Cass. 1re civ., 21 octobre 2020, n° 19-18971, *Gaz. Pal.,* 2021, p. 21 note M. Leveneur-Azemar, invalide une clause qui attestait que la banque avait remis un bordereau de rétractation à l'emprunteur. La Haute Cour note que la signature par l'emprunteur de l'offre préalable, comportant une clause selon laquelle il reconnaît que le prêteur, qui doit rapporter la preuve de ce qu'il a satisfait à ses obligations, lui a remis le bordereau de rétractation, constitue seulement un indice qu'il incombe au prêteur de corroborer par un ou plusieurs éléments complémentaires

[664] J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §541

L'explicitation des obligations d'information précontractuelle peut présenter plusieurs intérêts pour les parties. Il en est ainsi du renforcement de la délimitation de l'obligation d'information, mais également de la préconstitution de la preuve.

131. L'explicitation renforce la délimitation du domaine de l'obligation d'information. Avec la possibilité d'expliciter le champ d'application de l'obligation d'information précontractuelle, les parties renforcent la délimitation du domaine des obligations qui sont par essence très vagues. Cette technique contractuelle présente comme intérêt de cerner plus facilement le champ d'application de l'obligation d'information. Les parties connaissent sur quoi porte leur obligation. Elles peuvent ainsi plus facilement identifier ce qui les intéresse. En effet, avec la précision des informations à fournir, le débiteur gagne en temps et en budget dans la recherche de l'information. Aussi, la conclusion des contrats peut être passée plus rapidement s'il y a une précision sur la notion d'information déterminante. Par ailleurs, le créancier s'informe plus facilement avec la précision des informations déterminantes. Sans celle-ci, il peut très rapidement se perdre dans une masse d'information qui ne présente pas tout un intérêt pour son consentement. Définir le champ d'application de l'obligation d'information précontractuelle est bénéfique aussi bien pour le créancier que pour le débiteur. Le même intérêt peut être constaté dans l'aménagement de la preuve.

132. L'explicitation permet aux parties de se préconstituer une preuve et déterminer le préjudice repérable en cas de manquement. En explicitant leur devoir d'information, les parties se préconstituent une preuve. En effet, les clauses par lesquelles une partie reconnaît avoir reçu une information vont permettre au débiteur du devoir d'information de prouver qu'il a accompli son obligation. Cette technique a pour intérêt d'éviter à une partie qui a reçu toutes les informations qui sont intéressantes pour elle d'invoquer plus tard le contraire. D'ailleurs, il est très fréquent en matière de restructuration qu'après avoir pris connaissance des informations qui l'intéressaient, le créancier reconnaisse entièrement être informé de la situation de la société cible[665]. En outre, l'acte par lequel un créancier reconnaît avoir renoncé à son droit à l'information peut permettre au débiteur du devoir d'information de prouver le renoncement du créancier en cas de contestation.

Mais, pour des questions d'efficacité, l'acte de préconstitution de la preuve doit mentionner très clairement les informations qui ont été fournies au créancier. De même, la mention des informations déterminantes ne peut qu'être bénéfique aux parties. Elle permet en cas de

[665] J-J. Ansault et D. Swinburne, « Réforme du droit des contrats. Premières réflexions sur les évolutions des opérations de fusion -acquisition », *art. cit.* p.1307

contentieux de cerner plus facilement le champ d'application de l'obligation d'information précontractuelle[666]. Par ailleurs, avec l'explicitation, les parties peuvent déterminer à l'avance le préjudice réparable en cas de manquement à une obligation d'information. En effet, la question du préjudice réparable en l'espèce n'est pas définie par le législateur et la jurisprudence est un peu fluctuante sur la question. Dès lors, une clause qui déterminerait le préjudice réparable en cas de manquement ne peut qu'augmenter la prévisibilité contractuelle.

Toutefois, une clause attestant la réception de l'information n'est pas en elle-même suffisante pour prouver l'exécution d'une obligation d'information. En effet, la Cour de cassation a censuré dans son arrêt du 10 janvier 2018 une Cour d'appel qui avait rejeté la demande de nullité d'un contrat de franchise « par motifs propres et adoptés, que M. Y... a attesté que le document d'information précontractuelle reprenait les éléments définis par l'article L. 330-3 du code de commerce, qu'il connaissait le concept de la franchise et son fonctionnement et que, dans plusieurs courriels échangés, il en a reconnu les mérites ». La haute Cour estime qu'en « se déterminant par de tels motifs, sans vérifier par elle-même que le document d'information précontractuelle comportait les informations conformes aux exigences de l'article L. 330-3 susvisé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »[667].

En définitive, si le caractère d'ordre public est présent dans toutes les obligations d'information précontractuelle, il faut noter que cette omniprésence doit être relativisée. Étant un ordre public de protection, celui-ci n'interdit pas aux parties d'apporter quelques aménagements à leur devoir d'information précontractuelle. Elles peuvent ainsi soit ainsi y renoncer soit procéder à une intensification ou encore l'expliciter.

[666] H. Fabre, « Dol, réticence dolosive et devoir d'information dans les cessions de droits sociaux », *art. cit.*, p. 1327

[667] Cass. com., 10 janvier 2018, n° 15-25.287, obs. D., 2019, p.783, N. Ferrier ; JCP N, n° 14, 2018, p.1179, A. Bories ; RDC, n° 01, p. 76, 2019, M. Behar-Touchais

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Le point commun entre les régimes des obligations d'information de droit commun est l'ordre public ; il est omniprésent même si ses manifestations varient en fonction de la nature de l'obligation d'information. Ainsi, dans l'obligation d'information explicite, l'ordre public découle du caractère impératif de l'article 1112-1 du Code civil. Cette caractéristique répond à un souci de parallélisme des formes par rapport à la bonne foi. Dès lors, il est interdit aux parties de limiter ou d'exclure l'obligation d'information. Dans les obligations d'information implicite, la marque de l'ordre public n'est pas la même. Dans la dissimulation intentionnelle, c'est la sanction par la nullité ou encore la pratique contractuelle qui symbolise l'ordre public. Dans la bonne foi, l'ordre public est clairement affirmé par le législateur. Mais, le caractère d'ordre public n'implique pas en principe une application immédiate des nouvelles obligations d'information en se fondant sur la théorie des effets légaux du contrat ou sur l'ordre public impérieux. Toutefois, il est possible de penser que le juge peut interpréter le droit ancien à la lumière du droit nouveau ou de moduler dans le temps les effets des obligations d'information de droit commun. Par ailleurs, sur le plan interne, le juge ne peut pas relever d'office une obligation d'information de droit commun même si le doute est permis pour ce qui est de la bonne foi. Sur le plan international, les obligations d'information de droit commun ne sont pas des lois de police et encore moins des lois d'ordre public international.

Cependant, l'omniprésence de l'ordre public dans les obligations d'information de droit commun n'est pas absolue. Les parties peuvent renoncer librement à l'obligation d'information précontractuelle, car le droit à l'information est protégé par un ordre public de protection et il est acquis dès les premières heures de la tractation contractuelle. Toutefois, la renonciation doit être libre et non équivoque. Si elle est décidée, l'ignorance du créancier et sa confiance au débiteur deviennent illégitimes. Le créancier doit ainsi se renseigner lui-même sur les informations qui l'intéressent. De même, en cas de renonciation, le créancier ne peut pas engager la responsabilité civile du débiteur pour manquement à une obligation d'information. Il ne peut pas non plus demander la nullité du contrat pour vice du consentement. En outre, l'ordre public n'interdit pas les parties d'intensifier leur obligation d'information malgré l'ordre public. Elles peuvent ainsi se soumettre à plus d'obligations d'information que celles exigées par la loi. Enfin, les parties peuvent expliciter leur obligation d'information. Elles peuvent ainsi déterminer les informations qui sont déterminantes pour elles ou préciser le régime de la preuve et de la responsabilité de leur obligation d'information. Cette technique permet de renforcer la délimitation du domaine de l'obligation d'information en se préconstituant une preuve. Tout

ceci constitue les points communs du régime des obligations d'information précontractuelle. Il faut s'intéresser à présent aux points de divergence du régime juridique des obligations d'information précontractuelle, à savoir la preuve et les sanctions.

CHAPITRE II : LA PREUVE ET LES SANCTIONS DES OBLIGATIONS D'INFORMATION

Le régime juridique des obligations d'information précontractuelle n'a pas que des points communs ; il a aussi quelques points de divergence. La preuve n'a pas le même régime juridique dans toutes les obligations d'information précontractuelle. La charge et l'objet de la preuve varient le plus souvent selon le fait qu'on est devant une obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil ou devant des obligations implicites d'information (Section 1). Par ailleurs, la sanction du manquement à l'obligation d'information n'est pas la même entre l'obligation d'information explicite et les obligations d'information implicite (Section 2). Ces distinctions de régime permettent de savoir quelle obligation d'information est plus avantageuse pour les victimes d'un silence ou d'une mauvaise information. Aussi, la diversité du régime juridique pose la question de l'intérêt de celle-ci par rapport à la protection du consentement des parties faibles.

Section 1 : La preuve dans les obligations d'information

La preuve en matière d'obligation d'information précontractuelle s'articule autour de deux points essentiels. Il y a d'abord la question du fardeau de la preuve qui concerne la charge de la preuve et l'objet de la preuve. Il s'agit en effet de déterminer sur qui pèse la charge de la preuve, mais aussi sur quoi porte la preuve (§1). Une fois cette question résolue, il faut mettre l'accent sur l'administration de la preuve. Si en matière d'obligation d'information précontractuelle c'est la liberté de la preuve qui prévaut, il n'est pas exclu que les parties passent des contrats sur celle-ci (§2).

§1 : Le fardeau de la preuve

La preuve étant considérée comme le nerf de la guerre juridique[668], c'est en toute logique que le législateur l'a réglementée partiellement en matière de devoir d'information précontractuelle après qu'on lui ait reproché souvent de ne pas faire d'effort de préciser les règles probatoires

[668] J. Julien, *Droit des obligations*, 7e éd., Bruylant, 2022, §231

des règles substantielles qu'il élabore[669]. Pour l'obligation d'information explicite, après avoir précisé les conditions d'existence du devoir d'information, les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil définissent la répartition de la charge (A) et l'objet de la preuve (B).

A. La charge de la preuve

La charge de la preuve renvoie à la personne qui est tenue de prouver un fait devant une juridiction[670]. Dans le cadre de l'obligation d'information précontractuelle, il y a dédoublement de la charge de la preuve[671]. La personne chargée de rapporter la preuve peut changer selon qu'il s'agit d'établir l'existence de l'obligation d'information précontractuelle (1) ou l'exécution de celle-ci (2).

1. La charge de la preuve de l'existence de l'obligation d'information

Contrairement aux obligations d'informations tirées de la bonne foi et de la dissimulation intentionnelle, l'article 1112-1 du Code civil a clairement réglementé la charge de la preuve de l'existence de l'obligation d'information précontractuelle explicite. Toutefois, en application du droit commun de la preuve, il est possible de déduire que la partie chargée d'établir l'existence de l'obligation d'information précontractuelle dans l'article 1112-1 du Code civil n'est pas différente dans les obligations d'information implicite[672]. Mais, cette répartition de la charge de la preuve fait penser qu'il s'agit de prouver un fait négatif.

133. La charge de la preuve de l'existence d'une obligation d'information précontractuelle pèse sur le créancier. L'article 1112-1 du Code civil alinéa 4 dispose qu'« il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait… ». Cette disposition vise clairement le créancier de l'obligation d'information précontractuelle. Seul lui est habilité à réclamer l'exécution d'un devoir d'information précontractuel[673]. Comme vu précédemment, le créancier de l'obligation d'information est, soit celui qui ignore légitimement une information déterminante pour son consentement, soit celui

[669] M. Mekki, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *art. cit.*, p. 15

[670] J. Ghestin, H. Barbier, *Introduction générale : Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence,* T. 2, 5e éd., 2018, § 79 et s.

[671] B. Fages, *Droit des obligations, op. cit.*, §101

[672] B. Mercadal, « La réforme du droit des contrats », *ibid.,* §180

[673] J. Julien, *Droit de la consommation*, *op. cit.,* §73 ; J-D. Pellier, *Droit de la consommation*, *op. cit.,* §33

qui fait légitimement confiance à son cocontractant[674]. Dès lors, en cas de contentieux sur l'exécution de l'obligation d'information, la partie qui s'estime victime est tenue de prouver l'existence de celle-ci. À défaut, elle ne peut pas réclamer des dommages et intérêts ou la nullité du contrat. On observe ainsi que la preuve de l'existence de l'obligation d'information précontractuelle pèse sur le demandeur. Toutefois, à la différence du droit commun de la preuve, ici le demandeur ne doit établir que l'existence de son droit d'information. Il n'est pas tenu de faire état de l'inexécution de l'obligation d'information précontractuelle. C'est là que réside la différence avec la charge de la preuve dans les obligations d'information précontractuelle implicite. En effet, il faut rappeler que la charge de la preuve dans ses obligations d'information précontractuelle n'est pas spécialement réglementée. Ce sont donc les règles du droit commun de la preuve qui s'appliquent. Or, l'article 1353 du Code civil ne met pas l'accent sur l'existence du droit dont on réclame l'exécution. Cet article confond la preuve de l'existence de l'obligation à la preuve de l'exécution de l'obligation. Ainsi, c'est à la partie qui demande le respect de son droit d'information, en l'occurrence le créancier, d'établir aussi bien l'existence de son droit que l'inexécution de celui-ci[675]. Pour ce faire, il doit d'abord justifier sa qualité de créancier avant d'apporter la preuve de l'inexécution[676]. C'est ce qui fait dire donc que la charge de la preuve de l'existence de l'obligation précontractuelle n'est pas différente selon qu'on est devant une obligation d'information explicite ou implicite.

Toutefois, une partie de la doctrine juge inopportune la charge de la preuve de l'existence de l'obligation d'information précontractuelle. Le professeur Mekki précise que l'alinéa 5 de l'article 1112-1 est « décevant » et qu'il n'est pas conforme à l'arrêt de la Cour de cassation du 25 février 1997[677] dans lequel la haute juridiction, sous le visa de l'ancien article 1315 du Code civil, avait décidé qu'il appartenait au médecin, tenu d'une obligation d'information, de prouver l'exécution de celle-ci[678]. Le professeur Mekki regrette la première phase du déroulement de la charge de la preuve. Selon lui, on ne devrait pas mettre sur la tête du créancier la preuve de

---

[674] *Supra* §26 et s.

[675] CA Pau, 2e ch. sect. 1, 30 novembre 2022, n° 21/00134 ; CA Pau, 2e ch. sect. 1, 17 mai 2022, n° 20/02944

[676] H. Barbier, note sous Cass. com., 9 janvier 2019, n° 17-28.72, « Déplacement (s) de l'objet de la preuve dans le dol : l'intention dolosive établie par la preuve du caractère déterminant de l'information dissimulée », *RTD civ*., 2019, p. 336

[677] Cass. 1re civ., 25 février 1997, n° 94-19685 : Bull. civ. I, n° 75 ; Méd. et Dr. 1997, n° 24 p. 6 G. Mémeteau ; Lamy droit économique 1998, n° 110, p. 1, P. Storrer ;

[678] J. Mestre, note sous Cass. 1re civ., 25 févier 1997, n° 94-19.685 ; Cass. 1re civ., 29 avril, 1997, n° 94-21.217 ; « Celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation », *RTD civ.,* 1997, p. 924

l'existence de l'obligation d'information. Il estime, comme Mme Fabre-Magnan[679], que l'existence de l'obligation ne cause pas de difficulté puisque celle-ci a souvent un fondement légal ou conventionnel. C'est une position soutenable. Mais, puisque l'existence de l'obligation ne cause pas trop de difficultés, il n'y a pas de mal à laisser cette disposition telle qu'elle est. La suppression de la preuve pesant sur la tête du créancier pouvait être souhaitée si celui qui se prétend créancier rencontre des difficultés à établir l'existence de l'obligation, mais tel n'est pas le cas.

134. La charge de la preuve de l'existence d'une obligation d'information précontractuelle n'est pas une preuve d'un fait négatif. Pour beaucoup d'auteurs, le demandeur en justice du non-respect de l'obligation d'information précontractuelle est tenu d'établir un fait négatif[680]. Or, la preuve d'un fait négatif est souvent considérée comme une preuve impossible, diabolique[681]. Mais, la preuve de l'existence de l'obligation d'information précontractuelle n'est ni diabolique ni impossible. On le verra plus loin, le demandeur doit juste établir ses qualités de créancier d'obligation d'information précontractuelle[682]. Or, pour l'établissement de celles-ci, le créancier s'appuie sur des éléments positifs qui le concernent directement comme son ignorance de l'information manquée. C'est donc une preuve assez simple pour le créancier. Comme le note le professeur Mekki, l'existence de l'obligation d'information précontractuelle est le plus souvent prévue légalement ou conventionnellement. Il suffit au créancier d'établir cette existence juridique pour satisfaire sa charge de la preuve.

La preuve aurait été négative, si l'établissement de l'inexécution de l'obligation d'information précontractuelle pesait sur le demandeur, ce qui n'est pas le cas[683]. Même dans les obligations d'information précontractuelle découlant de la bonne foi et de l'interdiction de la dissimulation intentionnelle, si l'on se limite à la preuve de l'existence de l'obligation d'information, la preuve resterait positive. Sa négativité adviendrait au moment de la démonstration de l'inexécution de l'obligation d'information précontractuelle. Qu'en est-il de la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information ?

---

679 M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *op. cit.* §538

680 C. Larroumet, S. Bros, *Les obligations : le contrat,* in Traité de droit civil, T. 3, *op. cit.*, §337 ; J. Julien, *Droit de la consommation*, *op. cit.,* §73 ; St. Piédelièvre, *Droit de la consommation*, *op. cit.,* §63 ; J. Julien**,** *Droit des obligations*, *op. cit.,* §231

681 J. Larguier, La preuve d'un fait négatif, RTD civ. 1953. 1 ; H. Barbier, note sous Cass. com., 28 mars 2018, n° 17-10.600 ; Cass. com. 25 octobre 2017, n° 16-22.083 ; « De la charge de la preuve d'un fait négatif comme sanction probatoire », *RTD civ.* 2018, p. 414

682 *Infra* §137 et s.

683 *Infra* §135 et s.

2. La charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information

La charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information précontractuelle n'est pas la même selon qu'on est devant une obligation d'information explicite ou implicite. En effet, l'article 1112-1 du Code civil précise qu'il appartient à celui qui est tenu d'une obligation d'information de prouver qu'il l'a fournie. Ce qui fait peser ainsi la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information explicite sur le débiteur. Or, celle-ci pèse sur le créancier si l'on est devant une obligation d'information implicite en application du droit commun de la preuve. Avec une telle répartition de la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information, on constate que celle-ci est renversée dans le premier cas alors qu'elle est négative dans le second.

135. La charge de la preuve de l'exécution d'une obligation d'information pèse sur le débiteur dans l'obligation d'information explicite et sur le créancier dans les obligations d'information implicite. La répartition de la charge de la preuve dans l'obligation d'information précontractuelle est clairement définie par les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. En effet, en vertu de ce texte, il appartient au débiteur de prouver qu'il a exécuté son obligation d'information précontractuelle dès lors que le créancier a pu prouver l'existence de celle-ci[684]. Il y a ainsi une dialectique dans la répartition de la charge de la preuve en matière d'obligation d'information explicite. La preuve de l'existence de l'obligation pèse sur le créancier alors que la preuve de l'exécution de celle-ci est mise à la charge du débiteur. Cette répartition de la charge de la preuve est une application du droit commun de la preuve quoiqu'ici les rôles des deux parties soient plus exprimés. En effet, l'article 1353 du Code civil prévoit qu'il appartient à celui qui réclame l'exécution d'une obligation de la prouver, c'est-à-dire d'apporter la preuve de l'existence de son droit. Sur la charge de la preuve de l'exécution, cet article dispose qu'il appartient à celui qui se prétend libéré de justifier l'exécution de son obligation.

---

[684] Cass. 1re civ., 25 février 1997, n° 94-19685, Bull. civ. I, n° 75 ; Méd. et Dr. 1997, n° 24 p. 6 G. Mémeteau ; Lamy droit économique 1998, n° 110, p. 1, P. Storrer ;

[684] Cass. civ., 1re 17 février 1998, n° 95-21715, Bull. civ., I, n° 67, p.45 ; Cass. 1re civ., 27 mai 1998, Bull. civ., I, n° 187, p.126 ; Cass. civ., 1re 19 avril 1997, n° 94-21217, Bull., civ., I, n° 132, p.88 ; Cass. 1re civ., , 3 février 1998, n° 96-13201, Bull., civ., I, n° 44, p. 29 ; Cass. 1re civ., 9 décembre 1997, n° 95-16923, Bull. civ., I, n° 356, p.240 ; Cass. 1re civ., 15 décembre 1998, n° 96-15321, Bull., civ., I, n° 364, p.251 ; Cass. soc. 15 juillet 1999, n° 97-19788, Bull. civ., n° 253, p.257 ; Cass. soc. 12 octobre 2000, n° 98-15831, Bull. civ., n° 324, p. 251

À partir de ce qui précède, il est possible de constater une diversité de la charge de la preuve entre l'obligation d'information explicite et les obligations d'information implicite. En effet, quand l'obligation d'information est tirée de la bonne foi ou de la dissimulation intentionnelle, il y a une confusion entre la charge de la preuve de l'existence de l'obligation d'information et la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information[685]. Toutes les charges pèsent sur la personne qui se prétend victime d'une mauvaise foi ou d'une dissimulation intentionnelle[686]. Il appartient ainsi à l'éventuel créancier de prouver aussi bien l'existence de son droit que du non-respect de celui-ci[687]. D'ailleurs, il a été jugé récemment que « faute pour Madame [Z] de rapporter la preuve que Monsieur [J] a dissimulé ou omis de lui donner une ou des informations présentant pour elle un caractère déterminant ou qu'il a commis des manquements, mensonges ou manœuvres qui ont vicié son consentement, elle sera déboutée de sa demande d'annulation »[688]. Toutefois, cette pratique probatoire n'est pas conforme au droit commun de la preuve. En effet, le droit commun de la preuve repose sur une dialectique probatoire. Celui qui se prétend créancier prouve d'abord l'existence de son droit et celui qui se prétend libéré prouve ensuite l'exécution de son obligation. Or, la preuve de la mauvaise foi et de la dissimulation intentionnelle ne suit pas cette dialectique. D'abord parce que la bonne foi est toujours présumée ensuite parce que le créancier, en apportant la preuve de son droit, établit en même temps la mauvaise foi du débiteur. Le débiteur en réalité n'aura qu'à prouver ceci qu'une fois que le créancier aura prouvé l'inexécution de son obligation[689]. C'est pourquoi on dit que la charge de la preuve de l'exécution d'une obligation d'information explicite est conforme au droit commun alors que celle des obligations d'information implicite est négative.

136. La charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information explicite est un fait positif conforme au droit commun de la preuve alors que celle des obligations d'information implicite est négative. La charge de la preuve de l'exécution d'une obligation d'information explicite n'est pas un renversement de la preuve. Il s'agit d'une preuve d'un fait

---

685 F-L. Simon, *Théorie et Pratique du droit de la franchise,* Joly, 2009, § 168 ;G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil, op. cit.,* §183

686 H. Barbier, note sous Cass. com., 9 janvier 2019, n° 17-28.72, « Déplacement (s) de l'objet de la preuve dans le dol : l'intention dolosive établie par la preuve du caractère déterminant de l'information dissimulée », *art., cit.*, p. 336

687 Cass. com. 6 décembre 2005, n° 03-20.510 ; Cass. com. 14 janvier 2003, n° 01-10.120 ; Cass. com. 10 janvier 1995, LPA 1995, n° 54, p.13 note O. Gast. ; CA Lyon, 13 septembre 2007, Juris-Data n° 344621 ; CA Paris, 13 juin 2007, Juris-Data, n° 356116 ; CA Grenoble, 30 mai 2007, Juris-Data n° 343856

688 CA Pau, 2e ch. sect. 1, 30 novembre 2022, n° 21/00134 ; *adde :* CA Aix-en-Provence, Ch. 1-5, 13 avril 2023, n° 21/16954

689 Y. Dagorne-Labbe, note sous Cass. com., 6 septembre 2016, n° 14-25.259, « Les conditions d'efficacité du dol en tant que vice du consentement », *AJ contrat,* 2016, p. 488

positif tout à fait conforme au droit commun de la preuve[690]. Cela aurait été une preuve négative s'il revenait au créancier d'établir l'inexécution de l'obligation d'information précontractuelle. Ce qui n'est pas le cas en l'espèce ; l'article 1112-1 du Code civil prévoit clairement que c'est au débiteur de prouver qu'il a exécuté son obligation. Il ne fait ainsi que démontrer les actes positifs qu'il a eu à accomplir au moment de la conclusion du contrat. Cette répartition de la charge de la preuve est donc tout à fait conforme au droit commun de l'article 1353 du Code civil.

Aussi, une telle pratique probatoire ne cause pas de problème technique aussi bien pour le créancier que pour le débiteur. La charge probatoire du créancier, consistant uniquement à démontrer l'existence de l'obligation d'information, se fait très facilement surtout, comme en l'espèce, si elle est prévue par la loi. Pour le débiteur, la preuve de l'exécution ne devrait pas causer trop de difficultés surtout s'il est diligent en préconstituant une preuve au moment de la délivrance de l'information.

À la différence de l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil, la charge de la preuve de l'exécution d'une obligation d'information implicite est un fait négatif[691]. En effet, comme démontré précédemment, dans le cadre d'une obligation d'information précontractuelle implicite, la charge de la preuve de l'exécution de celle-ci pèse sur le créancier[692]. C'est à la partie qui se prétend victime d'une mauvaise foi ou d'une dissimulation intentionnelle de prouver ce qu'elle avance[693]. Or, en l'espèce, établir la mauvaise foi de son cocontractant revient à démontrer la réalité d'un acte négatif. Cette preuve est très difficile à apporter pour le créancier. Dès lors, il est plus facile pour une victime d'un manquement à une obligation d'information de se placer, s'il en a la possibilité, sur le terrain de l'obligation d'information explicite que d'invoquer la mauvaise foi ou la dissimulation intentionnelle.

Donc, la charge de la preuve de l'existence et de l'exécution des obligations d'information n'est pas la même selon qu'on est devant une obligation d'information explicite ou implicite. Vu l'importance de la preuve dans la sécurité des transactions contractuelles, l'invocation de l'obligation d'information explicite est plus judicieuse en cas de possibilité de choix avec une obligation d'information implicite. Cette différence se retrouve aussi dans l'objet de la preuve.

---

[690] C. Larroumet, S. Bros, *Les obligations : le contrat,* in Traité de droit civil, T. 3, *op. cit.*, §337

[691] J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §540

[692] *Supra* §133 et s.

[693] CA Aix-en-Provence, ch. 1-5, 13 avril 2023, n° 21/16954

B. L’objet de la preuve

L’objet de la preuve se rapporte à ce sur quoi porte la preuve. Dans le cadre de l’obligation d’information précontractuelle, l’objet de la preuve peut varier selon qu'il s’agit d’établir l’existence de l’obligation d’information (1) ou l’exécution de celle-ci (2).

1. L’objet de la preuve de l’existence de l’obligation d’information

L’objet de la preuve de l’existence de l’obligation d’information n’est pas le même entre l’obligation d’information explicite de l’article 1112-1 du Code civil et les obligations d’information implicite. Pour s’en convaincre, il suffit de s’intéresser à l’objet de la preuve de chaque obligation d’information.

137. Dans l’obligation d’information explicite, l’objet de la preuve porte sur le caractère déterminant de l’information, la connaissance de l’information par le débiteur et l’ignorance de celle-ci par le créancier ou la confiance du créancier au débiteur. Pour prouver l’existence d’une obligation d’information précontractuelle explicite, le créancier doit établir successivement trois éléments. D’abord, il doit prouver que l’information est déterminante pour lui[694]. Ainsi, il doit démontrer que sans cette information, il n’aurait pas contracté ou aurait contracté, mais à des conditions différentes. Il s’agit dès lors d’établir l’existence d’un lien entre l’information manquée et l’objet ou la cause du contrat[695]. Toute information dont on peut prouver le lien avec le but ou la prestation suffit à établir son caractère déterminant.

Ensuite, le créancier doit prouver que l’information dont il invoque le manquement était connue du débiteur[696]. Pour ce faire, le créancier doit rapporter la preuve de la connaissance de l’information par le débiteur. Cette preuve devient plus facile si le débiteur est un professionnel. Mais, il est possible d'estimer aussi que la démonstration du caractère déterminant de l’information peut faire présumer la connaissance de celle-ci par le débiteur[697]. Toutefois, si cette déduction réduit le fardeau de la preuve du créancier, elle est à craindre. En effet, elle

---

694 CA Toulouse, 2e ch., 7 décembre 2022, n° 21/01396 ; CA Douai, ch. 02 sect. 02, 28 avril 2022, n° 21/04179 ; CA La Réunion, ch. civ. TGI, 13 mai 2022, n° 20/00936

695 *Supra* §36

696 *Supra* §17

697 H. Barbier, note sous Cass. com., 9 janvier 2019, n° 17-28.72, « Déplacement (s) de l’objet de la preuve dans le dol : l’intention dolosive établie par la preuve du caractère déterminant de l’information dissimulée », *art., cit.*, p. 336

permet à l'obligation d'information explicite d'entraîner la nullité du contrat sans intention de tromper.

Enfin, le créancier de l'obligation d'information doit prouver qu'il ignorait l'information manquée ou faisait confiance au débiteur[698]. L'ignorance devient facile à prouver si l'on est profane. Toutefois, entre deux professionnels, surtout du même secteur, l'établissement de l'ignorance devient plus compliqué. Le créancier professionnel est censé connaître la plupart des informations qui intéressent son consentement. Il devra dès lors faire preuve d'une grande clarté pour que son ignorance puisse être admise.

C'est la réunion de ces trois éléments qui permet de constater l'existence d'une obligation d'information précontractuelle. Il faut remarquer que l'établissement de l'existence de l'obligation d'information précontractuelle, même si elle est prévue par la loi, n'est pas aussi facile qu'on peut le penser. Le même constat peut être fait dans la preuve de l'existence d'une obligation d'information implicite.

138. Dans les obligations d'information implicites, l'objet de la preuve porte sur le caractère déterminant de l'information manquée et l'intention de tromper. Pour justifier l'existence d'une obligation d'information précontractuelle à la lumière de la bonne foi et de la dissimulation intentionnelle, le créancier doit établir deux éléments. D'abord, il doit prouver que l'information qu'il n'a pas reçue était déterminante pour son consentement. Pour ce faire, il doit établir l'existence d'un lien direct et nécessaire entre l'information manquée et le contenu du contrat ou la qualité des parties. Si le contenu du contrat se rapporte à l'objet et à la cause, il suffit de démontrer que le fait non révélé a un lien avec un de ces deux éléments contractuels[699].

Ensuite, le créancier de l'obligation d'information précontractuelle doit établir que son cocontractant, en manquant de lui livrer l'information, a voulu le tromper intentionnellement. Cette preuve n'est pas facile à apporter. Il s'agit d'évaluer le cœur de son cocontractant au moment de formation du contrat pour prouver sa faute. C'est au regard de cette difficulté que les juges avaient commencé à considérer que la volonté de tromper peut se déduire si l'auteur de la dissimulation intentionnelle connaissait le caractère déterminant de l'information[700]. En

---

[698] *Supra* §26

[699] *Supra* §36

[700] Cass. com. 9 janvier 2019, n° 17-28.725, Rev. sociétés 2019. 179, note T. Allain ; H. Barbier, RTD civ. 2019, p. 336 ; Cass. 3e civ., 11 septembre 2012, n° 11-22.389 ; Cass. com. 7 février 2012, n° 11-10.487, D. 2012. 918 , note A. Couret, B. Dondero; Rev. sociétés 2012. 429, note E. Schlumberger ; RTD civ. 2012. 313, obs. B. Fages ; Cass. 3e civ., 11 mai 2005, n° 03-17.682, D. 2005. 1451 ; RTD civ. 2005. 590, obs. J. Mestre, B. Fages

2019, la Cour de cassation a confirmé cette position en déduisant l'existence d'un dol de l'impossibilité pour le cédant de titres sociaux de méconnaître l'information dissimulée[701].
Il y a donc une différence dans l'objet de la preuve de l'existence de l'obligation d'information précontractuelle selon qu'on est devant une obligation d'information explicite ou implicite. Cette même différence se retrouve dans l'objet de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information.

2. L'objet de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information

L'objet de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information est différent de celle de son existence. Ici, la preuve porte sur l'exécution ou l'inexécution d'une information dont l'existence est déjà vérifiée. Ainsi, pour établir cette exécution ou inexécution, la partie sur qui pèse l'obligation doit démontrer des éléments bien précis selon que l'on est devant une obligation d'information explicite ou implicite.

139. Dans l'obligation d'information explicite, l'objet de la preuve se rapporte à la délivrance de l'information par le débiteur. Pour se libérer d'un manquement à l'obligation d'information précontractuelle de l'article 1112-1 du Code civil, le débiteur doit démontrer qu'il a bel et bien exécuté son obligation précontractuelle. Pour ce faire, il peut rapporter la preuve qu'il s'était préconstitué le cas échéant[702]. À défaut, la preuve de l'exécution de l'obligation d'information devient plus compliquée et donc plus subjective. Mais, le débiteur peut toujours se fonder sur les choix contractuels de son cocontractant pour démontrer le respect de son obligation. En effet, certaines décisions contractuelles ne peuvent être motivées que par une information bien reçue en avance.
Toutefois, une clause attestant la réception de l'information n'est pas en elle-même suffisante pour prouver l'exécution d'une obligation d'information. En effet, la Cour de cassation a censuré dans son arrêt du 10 janvier 2018 une Cour d'appel qui avait rejeté la demande de nullité d'un contrat de franchise « par motifs propres et adoptés, que M. Y... a attesté que le document d'information précontractuelle reprenait les éléments définis par l'article L. 330-3 du code de commerce, qu'il connaissait le concept de la franchise et son fonctionnement et que, dans plusieurs courriels échangés, il en a reconnu les mérites ». La haute Cour estime qu'en « se déterminant par de tels motifs, sans vérifier par elle-même que le document d'information

[701] Cass. com. 9 janvier 2019, n° 17-28.725, Rev. sociétés 2019. 179, note T. Allain ; H. Barbier, RTD civ. 2019, p. 336
[702] CA Metz, 1re ch., 13 septembre 2022, n° 21/01464

précontractuelle comportait les informations conformes aux exigences de l'article L. 330-3 susvisé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »[703].

Par ailleurs, rapporter la preuve de l'exécution de l'information n'est pas synonyme de rapporter la preuve de la compréhension de celle-ci. Le débiteur tenu d'une obligation d'information précontractuelle n'est nullement tenu d'une obligation de résultat sur la compréhension de celle-ci par son cocontractant. Il doit ainsi juste démontrer qu'il a exécuté son obligation d'information précontractuelle. Il est tenu d'emprunter les moyens les plus appropriés pour faciliter la compréhension de l'information qu'il transmet au créancier. En cas de contestation, il appartient à celui qui prétend ne pas avoir compris, en l'occurrence le créancier, de prouver que l'information lui a été mal transmise[704]. Ce qui reconduit la charge de la preuve à sa phase initiale, celle de *actori incumbit probatio*. Le créancier doit prouver qu'il n'a pas compris les informations qui lui sont transmises. S'il réussit, l'ascenseur est renvoyé au débiteur, ainsi de suite jusqu'à ce que l'une des parties soit dos au mur. La même démarche peut être observée dans la preuve de l'exécution d'une obligation d'information implicite.

140. Dans les obligations d'information implicites, l'objet de la preuve se rapporte à l'absence de délivrance de l'information par le débiteur. Dans le cadre d'un manquement à une obligation d'information précontractuelle tirée de la bonne foi ou de la dissimulation intentionnelle, l'objet de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information porte sur le défaut de délivrance de celle-ci par le cocontractant. Le créancier doit ainsi démontrer qu'il n'a pas reçu une information précontractuelle de la part de son cocontractant. Pour ce faire, il doit établir à la fois le silence du débiteur et la connaissance de l'information par ce dernier. L'objet de la preuve en l'espèce n'est rien d'autre que la démonstration du silence gardé intentionnellement par le débiteur pour tromper son cocontractant.

En définitive, le fardeau de la preuve en matière d'obligation d'information précontractuelle varie selon qu'on est devant une obligation d'information précontractuelle implicite ou explicite. Si cette dernière a fait l'objet d'une réglementation partiellement par le législateur, la première relève en principe du droit commun de la preuve même si par moments il y a des spécificités. À présent, il faut s'intéresser à l'administration de la preuve.

---

[703] Cass. com., 10 janvier 2018, n° 15-25.287, obs. D., 2019, p.783, N. Ferrier ; JCP N, n° 14, 2018, p.1179, A. Bories ; RDC, n° 01, p. 76, 2019, M. Behar-Touchais

[704] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *op. cit.,* §504 et §551

§2 : L'administration de la preuve

L'administration de la preuve en matière d'obligation d'information précontractuelle n'est pas réglementée par le législateur. Ce silence des textes permet ainsi d'affirmer que la liberté de la preuve est la règle dans ce domaine[705] (A), ce qui permet ainsi aux parties de passer des contrats sur la preuve (B).

A. La liberté de la preuve

Étant un fait juridique[706], pour prouver l'existence ou l'exécution d'une obligation d'information précontractuelle, les parties sont libres d'emprunter tous les moyens probatoires qui peuvent être admis devant une juridiction[707]. Toutefois, il faut noter que tous les modes de preuve n'ont pas une même force probante devant le juge. Il y a celles qui ont une forte force probante (1) et celles dont la force probante est trop faible (2).

1. Les preuves à forte force probante

On entend par force probante « la foi qu'il faut attacher à un mode de preuve comme élément de conviction »[708]. Certaines preuves ont plus de valeur probante que d'autres[709]. La preuve a une forte valeur probatoire lorsque la loi impose au juge le crédit qu'il doit lui accorder. Parmi les éléments de preuve ayant une forte valeur probatoire, on peut citer la preuve littérale, l'aveu judiciaire et le serment décisoire.

---

[705] B. Fages, *Droit des obligations, op. cit.*, §100 ; B. Mercadal, *Mémento droit commercial*, *op. cit*. §11 867 ; J. Kullmann, E. Silvestre, « Le contrat d'assurance », in *Lamy assurances, Wolters Kluwer,* 2018, n°54 ; B. Mercadal, « La réforme du droit des contrats », *ibid.,* §180 ; Th. Massart, note sous Cass. com., 9 janvier 2019, n° 17-28725, « La cession de société enfin consacrée ? », *Bull. Joly Sté.*, n° 03, 2019, p. 14 ; H. Barbier, note sous Cass. soc. 25 septembre 2013, n° 11-25.884 ; « La libre preuve d'un fait juridique par courrier électronique », *RTD civ*., 2014, p. 121

[706] H. Barbier, note sous Cass. soc. 25 septembre 2013, n° 11-25.884 ; « La libre preuve d'un fait juridique par courrier électronique », *art. cit.,* p. 121 ; D. Legeais, note sous Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105 « Le principe de proportionnalité entre l'engagement d'un garant et ses ressources », *JCP E*, n° 44, 1997, p. 1007

[707] Cass. 1re civ., 14 octobre 1997, n° 95-19609, bull. civ. I, n° 278

[708] M. Nicod, « La force probante de l'acte notarié », *JCP N,* n° 5, 2013, §1 ; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*. p. 472, V° « Force »

[709] M. Nicod, « La force probante de l'acte notarié », *art. cit.*, n° 5

141. Les preuves qui ont plus de force probante sont l'aveu judiciaire et le serment judiciaire. Les éléments de preuve les plus efficaces sont l'aveu judiciaire et le serment décisoire. Ces deux modes de preuve ne peuvent être combattus[710]. Le nouvel article 1383-2 définit l'aveu judiciaire comme une « déclaration que fait en justice la partie ou son représentant spécialement mandaté » avant de préciser qu'« il fait foi contre celui qui l'a fait ». Ainsi, au cours d'un procès, lorsque le débiteur avoue devant le juge qu'il n'a pas exécuté son obligation d'information, le juge est lié par cette déclaration ; il ne peut pas y apporter une quelconque appréciation ni recevoir un autre mode de preuve pour combattre la confession du débiteur[711]. D'ailleurs, il a été jugé « l'aveu judiciaire fait foi contre celui qui l'a fait et il en est de même dans le cas où la preuve doit être administrée par écrit »[712].

Quant au serment décisoire, l'article 1384 dispose qu'il « peut être déféré, à titre décisoire, par une partie à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause. Il peut aussi être déféré d'office par le juge à l'une des parties ». Ainsi, à supposer que lors d'un procès, pour prouver l'exécution de son devoir d'information, le débiteur défère un serment au créancier et que celui-ci continue de nier, le débiteur perd directement le procès puisque « le serment décisoire ne peut être déféré que pour en faire dépendre le jugement de la cause »[713]. Mais, il faut quand même reconnaître qu'il ne sera pas aisé pour une des parties à l'obligation de se tirer d'affaire avec l'un de ces modes de preuve du fait de leurs raretés ; c'est pourquoi les parties prennent souvent les devants en préconstituant des preuves écrites.

142. La preuve littérale a aussi une force probante très élevée. L'écrit a aussi une forte force probatoire lorsqu'il s'agit d'établir l'existence ou l'exécution d'un devoir d'information précontractuelle[714]. La force de l'écrit s'explique par le fait qu'il est établi à l'avance, « à tête reposée et loyalement entre les parties »[715]. Cependant, il faut remarquer que tous les écrits n'ont pas la même valeur probatoire aux yeux du juge. En effet, l'acte authentique, comme le précise l'article 1371 « fait foi jusqu'à inscription de faux » alors que l'acte sous seing privé fait foi entre les parties[716] et est susceptible d'être renversé par une preuve contraire. Il semble qu'en matière d'obligation d'information l'écrit, notamment l'acte sous seing privé, est et sera

[710] E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, 2015, §404
[711] E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, *loc. cit.*
[712] Cass. 1re civ., 28 janvier 1981, n° 79-14501, Bull. civ. 1re n° 33
[713] Cass. 3e civ., 22 février 1978, n° 76-13.705
[714] J. Mestre, note sous Cass. 1re civ., 14 octobre 1997, n° 95-19.609, « Le médecin peut établir par tous moyens l'exécution de son obligation d'information », *RTD civ.,* 1998, p. 100
[715] J-L. Mouralis, « Preuve : règles de preuve », *Rép. civ. D.* 2017
[716] Art. 1372 C. civ.

le mode de preuve le plus prisé par les parties. Cet amour s'explique par le fait que les parties ont souvent recours à des documents spéciaux[717], pour s'informer mutuellement[718]. C'est pourquoi, comme on l'a souligné précédemment[719], les auteurs plaident pour que le caractère d'ordre public n'interdise pas les stipulations qui définissent le champ d'application du devoir d'information, mais également qu'il ne puisse pas remettre en cause les déclarations par lesquelles une personne reconnaît avoir été suffisamment informée.

Donc, parmi les modes de preuve ayant une forte force probatoire, on a l'aveu judiciaire, le serment décisoire et l'écrit. Ainsi connu, il faut s'interroger maintenant sur les modes de preuve qui n'ont pas une forte force probante.

2. Les preuves à faible force probante

Certains modes de preuve, du fait de leur nature, peuvent difficilement établir l'existence ou l'exécution d'une obligation d'information précontractuelle. C'est le cas notamment de la preuve testimoniale, de la présomption, de l'aveu extrajudiciaire et du serment décisoire.

143. La preuve testimoniale et la présomption ont une faible force probante. Le témoignage est une preuve imparfaite et qui est soumise à la libre appréciation du juge[720]. Le crédit qu'il convient d'accorder au témoignage est déterminé au cas par cas[721]. Le témoignage est victime du succès de l'écrit ; il a perdu la place qu'il occupait jadis[722]. C'est pourquoi il n'a pas une belle force probante en matière d'obligation d'information, surtout lorsque la relation concerne des professionnels.

Quant à la présomption[723], elle a son siège à l'article 1382 du Code civil. Il est inscrit dans cette disposition: « les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen ». Là aussi on voit que celle des parties qui invoque l'existence ou l'exécution de l'obligation d'information, en faisant recours à la présomption, a peu de chance d'obtenir satisfaction puisque le dernier mot revient au juge[724].

---

[717] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *op. cit*. §553

[718] En droit société les informations sont souvent transmises par « *data room* ».

[719] *Supra* §129

[720] Art. 1381 C. civ.

[721] E. Vergès et G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, *op. cit.* §595

[722] L. Aboucaya, « Les évolutions du droit de la preuve : perspective historique », *RLDI*, nº 52, 2009

[723] Cass. 1re civ., 14 octobre 1997, n° 95-19.609, JCP G 1997, II, n° 22942

[724] L. Pailler, « Les présomptions dans l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP E*, n° 40, 2016, p.1790

144. L'aveu extrajudiciaire et le serment supplétoire ont aussi une faible force probante. L'article 1383-1 du Code civil dispose que « l'aveu extrajudiciaire purement verbal n'est reçu que dans les cas où la loi permet la preuve par tout moyen. Sa valeur probante est laissée à l'appréciation du juge ». En vertu de cette disposition, l'aveu extrajudiciaire a peu de chance de libérer la partie qui prétend être titulaire d'une obligation d'information ou celle qui estime l'avoir exécutée. Il en est de même du serment supplétoire.

L'aveu judiciaire et le serment décisoire, même s'ils sont rares en matière d'obligation d'information, occupent la tête des modes de preuve ayant plus de valeur probatoire. Malgré le fait qu'il peut être combattu par inscription de faux ou preuve contraire, l'écrit est le mode de preuve le plus prisé dans le domaine du devoir d'information. Alors que pendant ce temps, la preuve testimoniale, la présomption, l'aveu judiciaire et le serment supplétoire sont laissés à la libre appréciation des juges. C'est pourquoi les parties peuvent conclure un contrat sur la preuve.

B. La possibilité de contrat sur la preuve

Le caractère d'ordre public des obligations d'information précontractuelle n'interdit pas aux parties de conclure des contrats sur la preuve[725]. En effet, avec la réforme de 2016, le nouvel article 1356 du Code civil permet aux parties de conclure des contrats sur la preuve à condition que l'accord porte sur des droits dont ils ont la libre disposition. Cette confirmation de la jurisprudence antérieure[726] par la réforme du droit des contrats présente un intérêt non négligeable en matière d'obligation d'information précontractuelle (1). Toutefois, il faut noter que le contrat sur la preuve présente aussi des risques pour les parties (2).

1. L'intérêt d'un contrat sur la preuve

Un contrat sur la preuve en matière d'obligation d'information précontractuelle permet aux parties d'aménager le fardeau de la preuve et la force probante de celle-ci pour certains modes de preuve.

145. Le contrat sur la preuve permet d'aménager le fardeau de la preuve. L'article 1112-1 du Code civil réglemente une partie du fardeau de la preuve en matière d'obligation

[725] *Supra* §101

[726] Req. 27 février 1928, Gaz. Pal. 1928. 822

d'information explicite. Dès lors, si le caractère d'ordre public des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil empêche les parties de passer un contrat sur la charge de la preuve, elles peuvent aménager une partie du fardeau de la preuve. Ainsi, dans le cadre d'une obligation d'information précontractuelle explicite, les parties peuvent convenir de l'objet de la preuve. En effet, il peut être stipulé dans le contrat qu'un document remis au créancier par le débiteur permet de prouver l'exécution de l'obligation d'information. Cette stipulation peut facilement être appliquée dans la cession de titres sociaux s'il y a des *datas rooms*[727]. La principale difficulté de la preuve en matière d'obligation d'information étant la preuve de l'exécution de celle-ci, le contrat sur la preuve est un vrai pallié contre cette difficulté technique.

Toutefois, une clause attestant la réception de l'information n'est pas en elle-même suffisante pour prouver l'exécution d'une obligation d'information. En effet, la Cour de cassation a censuré dans son arrêt du 10 janvier 2018 une Cour d'appel qui avait rejeté la demande de nullité d'un contrat de franchise « par motifs propres et adoptés, que M. Y... a attesté que le document d'information précontractuelle reprenait les éléments définis par l'article L. 330-3 du code de commerce, qu'il connaissait le concept de la franchise et son fonctionnement et que, dans plusieurs courriels échangés, il en a reconnu les mérites ». La haute Cour estime qu'en « se déterminant par de tels motifs, sans vérifier par elle-même que le document d'information précontractuelle comportait les informations conformes aux exigences de l'article L. 330-3 susvisé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »[728].

Par ailleurs, dans le cadre d'une obligation d'information précontractuelle implicite[729], les parties peuvent aménager à la fois la charge de la preuve et l'objet de la preuve. En effet, la preuve de la bonne foi et de la dissimulation intentionnelle, faute de réglementation spéciale, relève du droit commun de la preuve. Ainsi, en application des dispositions de l'article 1356, les parties peuvent aménager la charge et l'objet de la preuve de la bonne foi et de la dissimulation intentionnelle. En principe, il revient à la personne qui s'estime victime d'une mauvaise foi ou d'une dissimulation intentionnelle de rapporter la preuve de ses prétentions. Mais, avec la possibilité de passer un contrat sur la preuve, les parties peuvent dire qu'il revient au présumé auteur de prouver sa bonne foi. Cette stipulation peut être intéressante dans les relations entre professionnel et profane. De la même manière, l'objet de la preuve de la bonne

[727] J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §540

[728] Cass. com., 10 janvier 2018, n° 15-25.287, obs. D., 2019, p.783, N. Ferrier ; JCP N, n° 14, 2018, p.1179, A. Bories ; RDC, n° 01, p. 76, 2019, M. Behar-Touchais

[729] *Supra* §74 et s.

foi ou de la dissimulation intentionnelle peut être encadré par les parties comme dans le cadre de l'obligation d'information explicite.

146. Le contrat sur la preuve permet d'aménager la force probante des preuves. Même si le législateur a défini la force probante de chaque preuve, les parties ont la liberté, en matière d'obligation d'information précontractuelle, de doter à certaines preuves des forces différentes. Excepté la présomption légale irréfragable, l'aveu et le serment[730], les parties peuvent définir conventionnellement la force à accorder à chaque preuve. Ainsi, la force probatoire d'un écrit, d'un témoignage, de présomptions simples peut être aménagée par les parties sans que cet aménagement soit contraire à la loi. Dès lors, il est tout à fait possible de stipuler qu'un écrit remis par débiteur au créancier fait foi jusqu'à preuve contraire[731] ou encore qu'un témoignage est admis comme seule preuve contraire. Aussi, les parties peuvent créer des présomptions simples entre elles. Elles peuvent enfin prévoir qu'en l'absence de dénonciation du silence d'une partie pendant un certain délai équivaut à une exécution parfaite de l'obligation d'information précontractuelle.

Toutefois, si l'intérêt d'un contrat sur la preuve en matière d'obligation d'information précontractuelle est indiscutable, il faut noter que cette pratique contractuelle peut aussi présenter des risques pour les parties.

2. Les risques d'un contrat sur la preuve

Tout accord comporte des risques pour ses parties, mais les accords sur la preuve peuvent plus facilement se retourner contre celles qui les ont convenus. En effet, un contrat sur la preuve peut être requalifié en clause abusive ou même dissimuler un vice du consentement.

147. Le contrat sur la preuve peut être considéré comme une clause abusive. L'un des risques les plus encourus lors d'un contrat sur la preuve est l'existence d'une clause abusive. En droit commun, une clause est abusive si elle crée, dans un contrat d'adhésion, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties[732]. Ainsi, toute clause sur la preuve, non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, peut être considérée comme une clause abusive si elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations

[730] G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil, op. cit.,* §1062

[731] G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil, loc. cit.*

[732] Art. 1171 C. civ.

des parties. Tel sera le cas d'une clause sur la preuve non négociable qui limiterait drastiquement les moyens de preuve d'une des parties ou encore une clause non négociable qui imposerait à l'une des parties la charge de la preuve alors que celle-ci incombe en principe à son cocontractant[733].

De même, une clause mentionnant la reconnaissance de l'accomplissement de l'obligation d'information par l'une des parties peut être considérée comme abusive[734] puisque si elle n'est pas négociée et déterminée à l'avance par l'une des parties, elle constitue une préconstitution de preuve obtenue abusivement[735].

Toutefois, il faut relever qu'une clause abusive sur la preuve sur le fondement du droit commun ne sera pas fréquente en pratique. En effet, avec la restriction des clauses abusives aux seuls contrats d'adhésion et l'existence de dispositions spéciales sur les clauses abusives, les parties n'ont pas beaucoup de chance d'invoquer les dérives contractuelles dont elles peuvent être victimes. Ainsi, en dehors d'un contrat d'adhésion, un contrat entre deux particuliers, une clause peut limiter drastiquement les moyens de preuve d'une partie ou encore renverser la charge de la preuve sans que cette stipulation soit contraire à la loi. C'est pourquoi, afin de mieux se protéger contre les agissements vicieux d'un cocontractant, il faut être vigilant sur toutes les stipulations contractuelles.

148. Le contrat sur la preuve peut dissimuler un vice du consentement. Le second risque des contrats portant sur la preuve est l'existence d'un vice du consentement, notamment une dissimulation intentionnelle. En effet, une clause qui prévoit que le débiteur a reçu toutes les informations déterminantes pour son consentement sans que cela soit vrai peut être considérée comme du dol[736]. Cette manœuvre peut facilement être encourue si la clause de reconnaissance de la réception de l'information est fausse.

D'ailleurs, tel sera souvent le cas des contrats dont la reconnaissance de la réception est stipulée dans les conditions générales[737]. Celles-ci ne font pas souvent l'objet de lecture de la part des parties alors qu'elles contiennent la plupart du temps des informations qui intéressent le consentement des parties. Le débiteur peut ainsi glisser une clause de reconnaissance de la réception des informations déterminantes par le créancier pour se prémunir d'une preuve de l'exécution de son obligation d'information précontractuelle. Mais, la victime d'une telle

[733] G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil, op. cit.,* §1066

[734] CCA avis 13-01 relatif au contrat de crédit à la consommation, RTD com. 2013. 789, D. Legeais

[735] B. Mercadal, *Mémento droit commercial*, *ibid*. §11 867

[736] J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §540

[737] CCA avis 13-01 relatif au contrat de crédit à la consommation, RTD com. 2013. 789, D. Legeais

stipulation, même en dehors d'un contrat d'adhésion, peut invoquer les manœuvres de son cocontractant pour s'extirper de cette clause. D'où l'impérieuse nécessité pour les parties de se délivrer mutuellement toutes les informations qui les intéressent avant d'approuver la clause de reconnaissance de la réception de l'information.

En définitive, la charge de la preuve de l'existence de l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil pèse sur le créancier alors que la preuve de l'exécution de celle-ci incombe au débiteur. Pour les obligations d'information implicite, que cela soit la preuve de l'existence ou de l'exécution de l'obligation d'information, elle repose sur le créancier. L'objet de la preuve porte le plus souvent sur le caractère déterminant de l'information et l'intention de tromper. Ceux-ci peuvent être prouvés librement par les parties. Cette liberté donne ainsi aux protagonistes la latitude de conclure des contrats sur la charge, l'objet et la force probante des preuves même s'il faut noter que cette facilité n'est pas exempte de tout risque. D'où la nécessité de respecter strictement l'obligation d'information précontractuelle sous peine de sanction.

Section 2 : Les sanctions des obligations d'information

Une règle de droit n'a de force obligatoire que si elle est accompagnée de sanctions en cas de manquement. C'est pourquoi, en matière d'obligation d'information précontractuelle, le législateur français souligne que tout manquement à un devoir d'information peut engendrer des sanctions, notamment l'allocation de dommages et intérêts et/ou la nullité du contrat. Il s'agit là des deux sanctions légales du manquement à une obligation d'information précontractuelle (§1).

Toutefois, la mise en œuvre de ces sanctions n'est pas toujours facile et adaptée à l'attente des parties. C'est pourquoi, afin de mieux prendre en compte les intérêts des victimes d'un manquement à une obligation d'information précontractuelle, il faut envisager des sanctions de substitution ou des sanctions complémentaires à celles prévues par le législateur (§2).

§1 : Les sanctions légales des obligations d'information de droit commun

Si la sanction du manquement de l'obligation d'information de l'article 1112-1 et celle de la dissimilation intentionnelle est clairement annoncée par le législateur, tel n'est pas le cas de l'obligation d'information découlant de l'exigence de la bonne foi. Malgré ce silence, les articles 1112-1 et 1178 du Code civil permettent de constater que tout manquement à une

obligation précontractuelle d'information peut soit donner lieu à l'allocation de dommages et intérêts (A) soit entraîner la nullité du contrat si un vice du consentement est constaté (B). Dès lors, la responsabilité dont il est question ici[738] est une responsabilité extracontractuelle [739]qui est tout à fait autonome de l'action en nullité[740]. Elle sanctionne à la fois « je n'ai pas été informé et j'ai été mal informé »[741]. Le caractère extracontractuel de la responsabilité civile s'explique par l'antériorité du manquement de l'obligation d'information précontractuelle à la formation du contrat[742].

A. L'allocation de dommages et intérêts

La responsabilité du fait de l'information est sanctionnée par l'allocation de dommages et intérêts[743]. Toutefois, comme les autres types de responsabilité, celle-ci doit aussi observer un certain nombre de conditions (1). C'est si et seulement si ces conditions sont réunies que la question du préjudice réparable se pose (2).

1. Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité du fait de l'information

La responsabilité du fait de l'information nécessite la réunion de trois conditions cumulatives. Il faut d'abord une faute, le manquement à une obligation d'information. Ensuite, un lien de causalité entre le manquement commis et le dommage. Enfin, il faut un dommage.

149. Il faut obligatoirement un manquement à une obligation d'information précontractuelle. La mise en œuvre de la responsabilité du fait de l'information n'est possible que si le débiteur d'une obligation d'information précontractuelle a commis une faute dans

---

[738] D. Tallon, « Exécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ*., 1994, p. 223 ; P. Remy, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ*. 1997, p. 323 ; C. Larroumet, « Pour la responsabilité contractuelle », Mél. Pierre Catala, Litec, 2001, p. 543 ; G. Viney, « La responsabilité contractuelle en question », in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p.920 ; B. Mercadal, *Mémento droit commercial*, *op. cit*. §11 870 ; J. Heinich, « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, art. cit.*, §535

[739] Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Chancellerie, février 2015

[740] G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, *op. cit.* §189

[741] J. Julien, *Droit des obligations*, *op. cit.* §231

[742] R. Boffa, « Obligation d'information », in *Dictionnaire du contrat,* D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc, (sous-dir.)*, art. cit.,* §183

[743] C. Thibierge-Guelfucci, « libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ*., 1997, p. 357, spéc., p.378; O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p. 109

l'exécution de celle-ci[744]. Cette faute consiste à manquer à son obligation d'information précontractuelle. Il y a manquement à une obligation d'information précontractuelle si le débiteur ne délivre pas au créancier toutes les informations déterminantes pour le consentement de ce dernier. Toutefois, il faut relever que ce manquement peut prendre plusieurs formes. En effet, il peut s'agir d'un manquement total ou partiel à l'obligation d'information précontractuelle. L'absence totale de l'obligation d'information, c'est lorsque le débiteur ne délivre aucune information déterminante au créancier alors qu'il en avait la connaissance. Le manquement partiel à l'obligation d'information c'est lorsque le débiteur renseigne le créancier à moitié. Il refuse dès lors de lui délivrer toutes les informations qui sont susceptibles d'influencer le consentement du créancier.

Par ailleurs, il faut noter que le manquement est constitutif de faute même s'il est non intentionnel. Ce qui compte, c'est le caractère déterminant de l'information et la connaissance de celle-ci par le débiteur. Ce qui veut dire que la simple négligence ou encore un simple oubli suffit à admettre que le débiteur a commis une faute précontractuelle. Dans une telle situation, la responsabilité encourue n'est pas délictuelle. Elle est plutôt quasi délictuelle. En effet, il n'y a pas une intention de la part du débiteur de commettre une faute[745]. Cette remarque permet de constater que le manquement à une obligation d'information peut très facilement se constater. Il n'y a pas obligation de démontrer le caractère intentionnel de la faute commise. Ce constat est valable dans toutes les obligations d'information précontractuelle. Ainsi, en matière de manquement à la bonne foi, il faut juste démontrer que le débiteur a manqué à son obligation d'information pour que la mauvaise foi soit retenue. De même en matière de dissimulation intentionnelle, il suffit de démontrer que le débiteur n'a pas délivré l'information ou a délivré la mauvaise information intentionnellement pour que le dol soit constitué. D'ailleurs, la Cour de cassation a jugé, une fois, que le juge pouvait allouer des dommages et intérêts à la victime d'une réticence dolosive sans avoir à se prononcer sur le caractère intentionnel de celle-ci[746].

150. Le créancier de l'obligation d'information précontractuelle doit subir un dommage. La deuxième condition de la mise en œuvre de l'obligation d'information

---

[744] B. Mercadal, « La réforme du droit des contrats », *op. cit.,* §181 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6e éd., 2021, §369

[745] B. Mercadal, « La réforme du droit des contrats », *op. cit.,* §166 ; J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil : Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, §249 ; M. Fabre-magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *art. cit.*, p. 706

[746] Cass. 1re civ., 28 mai 2008, n° 07-13.487, Bull. civ. I, n° 154 ; RTD civ. 2008. 476, obs. B. Fages ; H. Barbier, note sous Cass. com., 30 juin 2015, n° 14-14.704 ; « Dommages-intérêts ou nullité pour dol : deux demandes distinctes », *RTD civ*., 2015, p. 867

précontractuelle nécessite que le créancier subisse un dommage après le manquement de l'obligation d'information par le débiteur. Le dommage est l'atteinte que subit le créancier du fait du comportement du débiteur. En matière d'obligation d'information, le dommage que peut subir le créancier ne peut en principe être que matériel, c'est-à-dire une atteinte au patrimoine du créancier. Ainsi, il y a un dommage dès l'instant qu'un créancier paye plus cher à cause d'un manque d'informations que le débiteur aurait dû lui fournir[747]. Le dommage en matière d'obligation d'information est la privation du créancier de son droit de ne pas contracter ou de contracter autrement. Donc, un manque d'information qui pousse le créancier à contracter ou à ne pas contracter ou encore à contracter autrement, conduit à un dommage matériel qu'il faut nécessairement réparer.

Par ailleurs, il faut relever que le dommage doit remplir un certain nombre de conditions pour qu'il soit réparable. En effet, le dommage subi en cas de manquement à une obligation d'information doit être certain, direct et légitime. Le dommage est certain s'il s'est déjà réalisé, c'est-à-dire dès que le contrat est formé sans l'information déterminante ou sur la base d'une mauvaise information par exemple. La chance perdue doit avoir existé de même que la perte éprouvée doit être réelle[748].

Or, toute chance est un aléa, et c'est la disparition de cet aléa qui constitue le préjudice. Dans le cadre d'une obligation d'information précontractuelle, il y a un aléa sur la conclusion du contrat si l'information avait été délivrée. Le défaut de délivrance de l'information fait disparaître cet aléa. Il y a donc un dommage par le fait qu'on a perdu la chance de ne pas contracter ou de contracter autrement[749].

Le caractère direct du dommage signifie que celui-ci doit être la conséquence directe du manquement de l'obligation d'information. Le dommage ne serait pas direct si le créancier avait conclu le contrat même s'il n'avait pas reçu la bonne information. Enfin, le caractère légitime du dommage fait référence à la nature de l'intérêt protégé. Celui-ci doit être licite pour que son atteinte puisse être dénoncée. En matière d'obligation d'information précontractuelle, ce caractère ne pose pas trop de difficulté puisque la licéité de l'intérêt protégé se rattache directement au contrat que les parties entendent conclure. Ainsi, si le contrat est licite,

---

[747] M. Bacache-Gibeili, Les Obligations : La responsabilité extracontractuelle, in Traité de droit civil, T. 5, 2e éd. 2021, §375

[748] M. Bacache, note sous Cass. 1re civ., 16 janvier 2013 12-14.439, « La réparation de la perte de chance : quelles limites ? », *D*. 2013. 619, spéc. n° 4-5, p. 620

[749] P. Jourdain, « Sur La perte d'une chance », *RTD civ.,* 1992, p. 109

naturellement, tous les dommages subis à cause d'un manque d'information seront considérés comme légitimes.

151. Il faut un lien de causalité entre le manquement à l'obligation d'information et le dommage subi par le créancier. Au-delà du manquement à l'obligation précontractuelle d'information et du dommage subi, le créancier doit en principe prouver qu'il existe un rapport direct entre la faute du débiteur et le dommage éprouvé[750]. Le manquement à l'obligation d'information précontractuelle doit ainsi être la cause des mauvais choix contractuels du débiteur. Il revient au créancier d'établir ce lien de cause à effet en démontrant que s'il avait reçu l'information manquée, il n'aurait pas contracté ou aurait contracté, mais à des conditions différentes. Mais, si malgré le défaut d'information, le créancier contracte, il ne peut pas y avoir de lien de causalité entre le manquement à l'obligation d'information et le dommage subi.

Toutefois, pour certains auteurs, le lien de causalité est impossible à établir en matière d'obligation d'information précontractuelle. Pour eux, il n'est pas certain que le manquement à une obligation précontractuelle d'information occasionne toujours des dommages chez le créancier. Il se peut que le créancier, malgré la réception de l'information, décide de passer le contrat sans tenir compte du fait qui lui a été révélé ou qu'il n'y ait pas de choix pour éviter le dommage[751].

Malgré la pertinence de cette remarque, on estime qu'il est tout à fait possible d'établir un lien de causalité en matière d'obligation d'information précontractuelle. En effet, l'erreur que ces auteurs font c'est d'apprécier le lien de causalité par rapport au dommage final alors que celui-ci n'est pas un dommage immédiat ou encore direct que subit le créancier après le manquement à une obligation d'information. Le dommage direct est la privation du créancier d'une chance de ne pas conclure ou de conclure un contrat, mais autrement[752]. La chance est une valeur, sa perte constitue pour son propriétaire un dommage. Il n'y a donc pas de difficulté de lien de causalité dans la perte de chance. La faute commise a nécessairement fait perdre une chance à

---

[750] G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité,* in Traité de droit civil, *op. cit.,* §332

[751] M. Fabre-magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *art. cit.*, p. 706 ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité,* in Traité de droit civil, *op. cit.* §369-1 ; A. Guégan-Lécuyer, Les conditions de la réparation de la perte de chance, *in* La perte de chance, *dir*. O. Sabard, *LPA*, 2013, p. 16 ; M. Bacache-Gibeili, Les Obligations : La responsabilité extracontractuelle, in Traité de droit civil, *op. cit.*, §383

[752] B. Fages, note sous Cass. om., 24 septembre 2013, n° 12-19.640, « Le dol du cédant de titres sociaux n'implique pas nécessairement l'allocation de dommages-intérêts pour survalorisation du prix », *Rev. sociétés,* 2014, p. 162

la victime[753]. Le silence ou le mensonge a fait disparaître cette chance ; c'est la disparition de cette chance légitime qui constitue le préjudice et non la conclusion ou le défaut de conclusion du contrat. Celui-ci est un dommage par ricochet de la faute commise qui est une conséquence de la chance perdue. C'est pourquoi d'ailleurs, le préjudice réparable en matière d'obligation d'information est strictement lié au lien de causalité.

2. Le préjudice réparable en cas de manquement à une obligation d'information

Au sujet du silence des textes sur le préjudice réparable, en cas de manquement à une obligation précontractuelle d'information, la doctrine estime que les juges songeront impérativement à indemniser la perte de chance,[754] ce qui serait une continuité de la jurisprudence[755]. Toutefois, au regard des critiques liées à la perte de chance et en faisant une interprétation stricte de la législation existante, il semble difficile de réparer celle-ci en cas de manquement à une obligation d'information ; c'est pourquoi il faut se demander si l'on peut admettre à la place de la perte de chance la réparation du préjudice d'impréparation.

152. Le préjudice réparable en cas de manquement à une obligation d'information c'est la perte de chance. La chance renvoie à la probabilité de survenance d'un événement heureux[756]. Ainsi, si par le silence du débiteur, le créancier perd la survenance d'un événement heureux, il y a perte de chance[757]. Lorsque le débiteur d'une obligation d'information précontractuelle, du fait du silence ou des mauvaises informations, perd la possibilité de conclure un contrat plus avantageux ou de ne pas conclure le contrat, il subit un préjudice du

---

[753] M. Bacache, note sous Cass. 1re civ., 16 janvier 2013 12-14.439, « La réparation de la perte de chance : quelles limites ? », *art. cit.* p. 620

[754] M. Fabre-magnan, *Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral*, *ibid,* §377 ; P. Jourdain, note sous Cass. com., 10 juillet 2012, n° 11-21.954, « Dol dans la formation du contrat : quel préjudice réparable ? », *RTD civ.,* 2012, p. 732 ; R. Boffa, « Obligation d'information », in *Dictionnaire du contrat,* D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc, (sous-dir.), *art. cit.,* §183 ; B. Fages, note sous Cass. com., 10 juillet 2012, n° 11-21.954 ; « Quels dommages-intérêts le contractant peut-il obtenir sur le fondement du dol quand il fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat ? », *RTD civ.,* 2012, p. 725 ; B. Mercadal, « La réforme du droit des contrats », *op. cit.,* §183

[755] Cass. com. 31 janvier 2012, no 11-10.834 ; Cass. 1re civ., 7 décembre 2004, no 02-10.957 ; Cass. 1re civ., 6 décembre 2007, no 06-19.301 ; Cass. com. 20 oct. 2009, no 08-20.274

[756] C. Bloch, A. Giudicelli, « Préjudice », in Ph. Le Tourneau (sous-dir), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2014, *D.* § 1418 ; M. Fabre-magnan, *Droit des obligations : Responsabilité civile et quasi-contrat,* PUF, 5e éd., 2020, § 176 et s. ; M. Bourassin, *Droit des obligations : la responsabilité extracontractuelle,* Archétype82, 2014, §133

[757] Cass. crim. 9 octobre 1975, n° 74-93.471 ; Cass. com. 20 octobre 2009, n° 08-20274, Bull. civ., IV, n° 127, Obs. J. S. Borguetti, RDC 2010 p. 610

fait de la perte de cette possibilité contractuelle. C'est cette perte subie qui doit être réparée. Encore faut-il que la chance perdue soit sérieuse[758], autrement dit la survenance de l'événement soit importante[759]. En outre, l'impossibilité pour la victime de remédier à la survenance de l'événement doit également être caractérisée[760]. C'est notamment lorsque le créancier prend connaissance de manière tardive d'un fait déterminant en cours de négociation. Si ces conditions sont réunies (le caractère sérieux de l'événement heureux et l'impossibilité pour la victime d'empêcher la perte), la perte de chance devient indemnisable. Mais, seule la chance perdue est réparée et non les avantages attendus de l'événement heureux. Dès lors, on ne peut perdre que deux chances, soit la perte de chance de contracter à des conditions plus avantageuses, soit la perte de chance de ne pas conclure le contrat. En outre, si le manquement à l'obligation d'information a entraîné un vice du consentement, la victime peut aussi demander la nullité du contrat. Mais, il y a une difficulté dans le cas où la victime déciderait de ne pas demander la nullité du contrat.

153. La jurisprudence est instable sur la chance réparable si la victime fait le choix de ne pas demander la nullité du contrat. Il se pose la question de savoir quel préjudice réparer si la victime fait le choix de garder le contrat conclu. À cette question, la Cour de cassation avait répondu dans son arrêt Parsys1[761] que le préjudice réparable dans ce cas est « la perte d'une chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses ». La haute juridiction donnait ainsi le choix à la victime d'invoquer le chef de préjudice qu'elle désirait. Le choix procédural de la victime n'avait donc aucun effet sur le chef de préjudice réparable. Mais deux ans après, les juges du droit revenaient sur leur décision dans l'arrêt Parsys2[762]. Ils estimaient que la victime d'un dol « ayant fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat, son préjudice réparable correspondait uniquement à la perte d'une

[758] « L'événement purement hypothétique n'a pas ce caractère, de sorte que si sa survenance devient clairement impossible, celui qui en aurait profité n'a rien perdu de considérable et ne peut obtenir réparation du chef de la perte de cette pure éventualité : son préjudice n'est qu'éventuel ». (C. Bloch, A. Giudicelli, « Préjudice », in Ph. Le Tourneau (sous-dir), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *ibid* § 1418.

[759] C. Bloch et A. Giudicelli, « Préjudice », in Ph. Le Tourneau (sous la dir), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *loc. cit.*

[760] C. Bloch et A. Giudicelli, « Préjudice », in Ph. Le Tourneau (sous la dir), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *loc. cit.*

[761] Cass. 1re civ., 25 mars 2010, n° 09-12.895, RTD civ. 2010. 322, obs. B. Fages

[762] Cass. com. 10 juillet 2012, n° 11-21.954, bull. ; P. Jourdain, RTD civ. 2012. 732 ; D. 2013. 391, S. Amrani-Mekki, M. Mekki ; RTD civ. 2012. 725, B. Fages, ; D. 2012. 2772, n° 9, M. Caffin-Moi ; Bull. Joly Cass. soc., novembre 2012. 767, P. Stoffel-Munck; Gaz. Pal. 11 oct. 2012, n° 285, p. 17, D. Houtcieff ; JCP 2012. Doctr. 1151, n° 10, J. Ghestin ; RDC 2013. 91, Y.-M. Laithier ; Dr. sociétés février 2013. Comm. 2, R. Mortier

chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses ». Désormais, selon la chambre commerciale de la Cour de cassation, seule la perte de chance de contracter à des conditions plus avantageuses est réparable si la victime fait le choix de garder le contrat. C'est une décision tout à fait justifiée puisque la chance que la victime avait perdue de ne pas conclure un autre contrat avait disparu du fait de sa décision de maintenir le contrat[763]. Cependant, dans un arrêt rendu le 21 juillet 2016,[764] la même chambre commerciale a estimé à nouveau que la victime « ayant fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat à la suite du dol dont elle avait été victime, son préjudice réparable correspondait uniquement à la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses, ou de ne pas contracter ». Cette décision inédite de la haute Cour fait ainsi un retour discret vers Parsys1. Ainsi, la victime d'un manquement à une obligation d'information ayant entraîné un vice du consentement a le choix entre trois actions : d'abord, elle peut demander la nullité et/ou des dommages et intérêts. Ensuite, elle peut garder le contrat et demander des dommages sur la perte de chance de contracter à des conditions plus avantageuses. Enfin, elle peut aussi garder le contrat et demander des dommages et intérêts sur la perte de chance de ne pas contracter avec un tiers[765]. Cette décision a été largement approuvée par une partie de la doctrine[766]. En effet, selon cette doctrine, la victime a techniquement perdu une chance de conclure ou ne pas conclure un contrat dès le début ; le choix de ne pas demander l'annulation ne rétablit pas la chance que la victime a perdu. Aussi, avec Parsys2, l'auteur d'un mauvais comportement pouvait opposer son acte à son cocontractant de bonne foi, ce qui est tout à fait le contraire des dispositions régissant les obligations d'information précontractuelle[767]. Plus récemment, un arrêt rendu par la même

[763] B. Fages, note préc. ; M. Caffin-Moi, note préc. V. également dans ce sens Y. Lequette, « Responsabilité civile versus vice du consentement, in Au-delà des codes », Mél. en l'honneur de M.-S. Payet, *D*., 2012, p. 363 ; C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1992, n° 109 s.

[764] Com. 21 juin 2016, n° 14-29.874, AJCA 2016, p. 386, obs. A. Bories ; J. Heinich, Rev. sociétés 2016, p. 730

[765] J. Heinich, note sous Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-29.874, « Retour sur le préjudice de ne pas contracter de la victime de dol qui ne demande pas la nullité du contrat : un revirement inattendu ! », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 730

[766] H. Barbier, note sous Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-29.874 ; Cass. 3e civ., 29 septembre 2016, n° 15-15.129 ; Cass. 1re civ., 28 septembre 2016, n° 15-18.904, « L'incidence du choix procédural du contractant sur son droit à réparation », *RTD civ*., 2016, p. 847 ; J. Heinich, note sous Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-29.874, « Retour sur le préjudice de ne pas contracter de la victime de dol qui ne demande pas la nullité du contrat : un revirement inattendu ! », *loc. cit.*

[767] H. Barbier, note sous Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-29.874 ; Cass. 3e civ., 29 septembre 2016, n° 15-15.129 ; Cass. 1re civ., 28 septembre 2016, n° 15-18.904, « L'incidence du choix procédural du contractant sur son droit à réparation », *loc. cit.*

chambre commerciale de la Cour de cassation le 5 juillet 2019[768] est venu remettre en cause l'arrêt du 21 juin 2016 en réitérant sa solution dégagée dans l'arrêt Parsys2[769]. Ce retour en arrière n'est pas pleinement approuvé. En effet, cette restriction ne permet que la réparation de la perte de chance de conclure un contrat plus avantageux. Donc, à l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation, on peut dire que le préjudice réparable en cas de manquement à une obligation d'information précontractuelle, si la victime fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat, est uniquement la perte de chance de contracter à des conditions plus avantageuses.

154. L'évaluation de la perte de chance en cas de manquement à une obligation d'information précontractuelle. Le but de l'allocation des dommages et intérêts pour perte de chance est de remettre la victime dans l'état où elle était avant de perdre sa chance de contracter à des conditions plus avantageuses ou de ne pas contracter. Dès lors, il se pose la question de l'évaluation du préjudice de la perte de chance[770]. C'est l'une des principales difficultés de ce préjudice. Il n'y a aucune méthode légale ou jurisprudentielle pour déterminer le quantum des dommages et intérêts[771]. On estime que, pour une réparation plus juste, il faut revenir sur le film de l'affaire et qualifier en pourcentage ce que représentait la chance perdue[772]. C'est cette méthode de probabilité que des juges du fond ont utilisée dans certains arrêts en décidant que « la perte de chance de percevoir des loyers est évaluée à 70 % du préjudice subi »[773]. Si la chance de conclure un autre contrat plus avantageux était élevée du fait de l'information, l'indemnisation doit suivre en étant élevée. Au cas contraire, l'indemnisation doit être limitée. Pour connaître la variabilité de la chance, il est possible de s'intéresser au passé de la victime, à sa situation financière et sa personnalité. En effet, si la victime, par exemple dans le cadre

---

[768] Cass. com 5 juin 2019, n° 16-10.391 ; Rev. sociétés 2019. 742 J. Prorok ; RTD civ. 2019, p. 576, H. Barbier

[769] J. Prorok, note sous Cass. com., 5 juin 2019, n° 16-10.391, « La détermination du préjudice réparable en cas de dol lors d'une cession de droits sociaux », *Rev. Sociétés,* 2019, p. 742 ; H. Barbier, note sous Cass. com., 5 juin 2019, n° 16-10.391, « Regain d'incertitude quant au préjudice réparable en cas d'action en seuls dommages-intérêts pour dol », *RTD civ*., 2019, p. 576

[770] M. Fabre-magnan, *Droit des obligations : Responsabilité civile et quasi-contrat, op. cit.*, §177

[771] M. Fabre-magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *art. cit.*, p. 706 ; O. Sabard, « L'évaluation de la perte de chance par le juge judiciaire », in *La perte de chance*, O. Sabard (*dir.*), *LPA*, 2013, p. 23

[772] Cass. 1re civ., 8 juillet 1997 : Bull. civ. I, n° 238, R., p. 274 ; JCP G 1997, II, 22 921, rapp. P. Sargos ; RTD civ. 1998, p. 126, obs. P. Jourdain ; Cass. 1re civ., 18 juillet 2000 : Bull. civ. I, n° 224, R., p. 392 ; D. 2000, p. 853, note Y. Chartier ; Defrénois 2000, art. 37270, p. 1385, obs. J.-L. Aubert ; Resp. civ. ass. 2000, comm. 373, note H. Groutel, Cass. 1re civ., 7 décembre 2004 : Bull. civ. I, no 302 ; Dr. et patr. 2005, p. 101, obs. F. Chabas.

[773] CA Versailles, 3e ch., 7 janvier 2009, n° 08/00260 ; CA Versailles, 3e ch., 26 mars 2009, n° 08/00589

d'une cession d'action, avait l'habitude de passer ce genre de contrat, il est possible de penser qu'elle a de l'expérience, de sorte que même en l'absence d'information elle a toujours une chance de conclure un bon contrat[774]. Avec cette méthode, la victime ne recevra qu'une réparation partielle du dommage final[775] représentant ainsi une réparation intégrale de la chance perdue.

155. Les difficultés liées à la réparation de la perte de chance en matière d'obligation d'information précontractuelle. M. Dimitri Houtcieff estime que la perte de chance doit être écartée du préjudice réparable en cas de manquement à une obligation d'information[776]. L'auteur se fonde sur les dispositions de l'article 1112 du Code civil pour étayer ses propos. En effet, il ressort de cet article qu'« en cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu » et lors de la ratification de l'ordonnance, la perte de chance y a été ajoutée. Toutefois, lorsque M. Houtcieff émettait cette idée, la perte de chance n'était pas exclue du domaine des préjudices réparables en matière de négociation ; l'auteur s'était basé sur l'interdiction d'indemniser les gains manqués, ce qui ne signifie pas la même chose du point de vue de la responsabilité civile. Mais, ayant intégré le champ des préjudices non indemnisables, peu importe le fondement juridique, la perte de chance n'est actuellement pas réparable en matière de négociation. On est tentés d'approuver la position de M. Houtcieff puisque le devoir d'information figure dans la sous-section qui régit les négociations, sauf à dire que le devoir d'information ne fait pas partie intégrante des négociations, les règles régissant celles-ci s'appliquent à celui-ci. Relativement à cette difficulté, il est possible d'imaginer la réparation du préjudice d'impréparation comme cela se fait en matière médicale.

156. Le préjudice d'impréparation peut dans certaines situations se substituer à la perte de chance. Le préjudice d'impréparation, appelé aussi préjudice moral d'impréparation[777], c'est lorsque le créancier subit un préjudice relatif au défaut de préparation psychologique à subir un dommage. En d'autres termes, le préjudice d'impréparation est le fait d'apprendre de

---

[774] O. Deshayes, note sous Cass. 1re civ., 28 septembre 2016, n° 15-17033 et n° 15-17516, « Obligation d'information et relativité de la faute contractuelle », *art. cit.*, p. 39

[775] O. Sabard, « L'évaluation de la perte de chance par le juge judiciaire », in *La perte de chance*, O. Sabard (*dir.*), *art. cit.*, p. 23 ; M. Bacache, note sous Cass. 1re civ., 16 janvier 2013 12-14.439, « La réparation de la perte de chance : quelles limites ? », *art. cit.,* p. 620

[776] D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit*., §327

[777] P. Jourdain, note sous Cass. 1re civ., 25 janvier 2017, n° 15-27.898, « Défaut d'information médicale : cumul possible de la réparation d'une perte de chance et d'un préjudice moral d'impréparation » *art. cit.,* p. 403

façon brutale qu'on va subir un événement malheureux[778]. La réparation de ce préjudice permet ainsi à une partie qui a été exposée à un risque du fait du silence de son cocontractant d'être indemnisée si le risque redouté se réalise[779]. Contrairement à la perte de chance qui suppose que le créancier de l'information ait une chance d'agir autrement s'il avait reçu l'information, le préjudice d'impréparation suppose que le créancier, même s'il n'avait pas reçu l'information, allait accepter de s'engager. Le préjudice est ici un manque de préparation à subir le préjudice. Si le créancier avait reçu l'information, il allait mieux se préparer aux risques qu'engendre le manquement à l'obligation d'information[780].

En principe, pour qu'il y ait préjudice d'impréparation, il faut au préalable que le créancier ait été exposé à un risque du fait du manquement à l'obligation d'information précontractuelle. Or, le simple fait qu'une partie soit exposée à un risque ne peut être réparé du fait du caractère hypothétique du préjudice[781]. La reconnaissance du préjudice d'impréparation viendrait ainsi permettre à la partie qui a subi brutalement un dommage nonobstant l'acceptation du contrat d'être indemnisée. Par ailleurs, la haute Cour a estimé, en matière médicale, que la réparation de la perte de chance pouvait se cumuler à la réparation du préjudice d'impréparation[782]. Toutefois, le cumul entre ces deux préjudices peut susciter quelques difficultés notamment par rapport à la réparation intégrale[783]. En les cumulant, il est possible de penser qu'on répare deux fois le préjudice subi par la victime[784]. Mais, en plus de l'allocation de dommages et intérêts, le manquement à une obligation d'information précontractuelle peut conduire à la nullité du contrat.

---

[778] G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité,* in Traité de droit civil, *op. cit.,* §283

[779] S-M Ferrié note sous, Cass. 1re civ., 25 janvier, 2017, n° 15-27.898, « Quelle sanction pour la violation du devoir d'information médicale ? », *D*. 2017, p. 555

[780] S-M Ferrié note sous, Cass. 1re civ., 25 janvier, 2017, n° 15-27.898, « Quelle sanction pour la violation du devoir d'information médicale ? », *loc. cit.*

[781] P. Jourdain, « Sur La perte d'une chance », *art. cit.*, p. 109 ; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5e éd., LexisNexis, 2018, § 182 et 183

[782] Cass. 1re civ., 25 janvier 2017, n° 15-27.898, D. 2017. 555, note S.-M. Ferrié ; Décisions contraires : Cass. 1re civ., 23 janvier 2014, no 12-22.123, Bull. civ. I, no 13, D. 2014, p. 584, D. 2014, p. 590, note M. Bacache ; D. 2014, p. 2021, obs. A. Laude ; D. 2015, p. 124, obs. O. Gout ; RTD civ. 2014, p. 379, obs. P. Jourdain ; JCP G 2014, no 15, 446, note A. Bascoulergue ; Resp. civ. et assur. 2014, comm. 116, obs. S. Hocquet-Berg ; Gaz. Pal. 2014, p. 19, obs. M. Mekki

[783] C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile : contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effets des normes*, D., préf. C. Thibierge, 2011, §143

[784] P. Jourdain, note sous Cass. 1re civ., 25 janvier 2017, n° 15-27.898, « Défaut d'information médicale : cumul possible de la réparation d'une perte de chance et d'un préjudice moral d'impréparation » *art. cit.,* p. 403

B. La nullité du contrat

En cas de manquement à une obligation d'information précontractuelle, l'allocation de dommages et intérêts à la victime n'est pas la seule sanction qui est prévue par les textes. En effet, il peut arriver que le manquement entraîne la nullité du contrat. Mais, ce ne sont pas tous les manquements qui peuvent entraîner la nullité du contrat (A) et une fois qu'elle est actée, elle produit des conséquences à l'égard des parties (B).

1. Les causes de la nullité du contrat

Dans le cadre d'une obligation d'information précontractuelle, la nullité du contrat est causée par un vice du consentement. Il n'y a pas de nullité si le manquement à l'obligation d'information ne vicie pas le consentement de la victime. Toutefois, au regard du caractère d'ordre public de l'obligation d'information précontractuelle, le simple manquement à celle-ci devrait permettre à la victime de demander la nullité du contrat.

157. Seul le manquement à l'obligation d'information ayant entraîné un vice du consentement est une cause de nullité du contrat. Le simple manquement à une obligation d'information précontractuelle n'entraîne pas la nullité du contrat. Il faut que le manquement entraîne un vice du consentement chez la victime pour que la nullité puisse être encourue[785]. Ce qui veut dire que la violation d'une obligation précontractuelle d'information n'est pas forcément synonyme d'intention malveillante. Le débiteur peut manquer à son obligation par négligence. Dès lors, pour que la nullité du contrat puisse être encourue, il faut nécessairement un vice du consentement. C'est ce vice du consentement qu'on sanctionne par la nullité du contrat et non le simple manquement à l'obligation d'information précontractuelle[786]. Il est donc nécessaire de faire la distinction entre la sanction du manquement de l'obligation d'information sans vice du consentement et la sanction du manquement de l'obligation d'information avec vice du consentement. La première ne peut donner lieu qu'à des dommages et intérêts alors que la seconde peut aussi engendrer la nullité du contrat[787].

D'ailleurs, les juges du droit rappellent, depuis très longtemps, qu'une Cour d'appel qui annule un contrat « sans caractériser un comportement du franchiseur ayant conduit le franchisé à être abusé sur les conditions réelles dans lesquelles il était amené à contracter » ne donne pas de

[785] CA Nîmes, 1re ch., 13 octobre 2022, n° 21/03738

[786] C. Larroumet, S. Bros, *Les obligations : le contrat,* in Traité de droit civil, T. 3, *op. cit.*, §339

[787] *Supra* §149 et s.

base légale à sa décision[788]. C'est pourquoi « seule l'altération d'une information jugée déterminante du consentement est […] susceptible d'entraîner l'anéantissement du contrat »[789]. La Cour a aussi rappelé qu'en cas de manquement à une obligation précontractuelle d'information, le vice du consentement ne se présume pas[790].

Dès lors, parmi les vices du consentement résultant d'un manquement à une obligation d'information pouvant engendrer la nullité du contrat, on a la dissimulation intentionnelle et l'erreur. L'erreur est le fait pour le créancier de l'obligation d'information de se tromper sous l'effet de l'information reçue du débiteur[791]. Il y a erreur si le manquement à l'obligation d'information n'est pas intentionnel, c'est-à-dire que le débiteur n'avait aucune intention de nuire au créancier[792].

L'information que le créancier reçoit du débiteur peut entraîner dans ce cas plusieurs types d'erreur, mais seules certaines peuvent entraîner la nullité du contrat[793]. Tel est le cas de l'erreur, sur les qualités essentielles de la prestation[794]. Ainsi, dès l'instant que l'information délivrée au créancier conduit à une erreur sur ce que le créancier considère comme essentiel et qui l'a déterminé à contracter, la nullité peut être demandée. La nullité peut aussi être demandée si l'information faussement délivrée porte sur l'estimation de la valeur de la prestation alors même que celle-ci est exclue du champ de l'obligation d'information précontractuelle[795]. Pour ce qui est du dol, il s'agit de la situation dans laquelle le consentement du créancier de l'obligation d'information a été surpris par des manœuvres, des mensonges[796] ou par un silence. Le dol peut être le fait du débiteur de l'obligation d'information ou d'un tiers, mais il faut que les manœuvres, les mensonges ou le silence soient intentionnels[797]. C'est cette intention de

---

[788] Cass. com., 2 décembre 1997, n° 95-21.563 ; Cass. com., 8 juin 2017, n° 15-29.093, JCP E, n° 11, p. 30, note D. Mainguy ; D. n° 16, p. 865, note D. Ferrier

[789] A. Bories, note sous Cass. com., 10 janvier 2018, n° 15-25.287, « Sanction du manquement à l'obligation d'information précontractuelle du franchiseur et le sort corrélatif (ou pas) du contrat de prêt conclu par le franchisé : variations de la chambre commerciale », *art. cit.*, p. 1179

[790] Cass. com., 14 juin 2005, n° 04-13.948 ; RDC 2005, n° 2005/4 - p. 1133, note M. Béhar-Touchais; LPA, n° 224, p. 15, note F-L. Simon

[791] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*. p. 413, V° « Erreur »

[792] F-L. Simon, *Théorie et Pratique du droit de la franchise, op. cit.,* § 163

[793] F-L. Simon, *Théorie et Pratique du droit de la franchise, ibid.,* § 164

[794] Art. 1133 al. 2 C. civ.

[795] Cass. 3e civ., 21 février 2001, n° 98-20.817, JCP 2002. II. 10 027, note Ch. Jamin ; D. 2001. Somm. 3236, obs. L. Aynès ; JCP 2011. Doctr. 703, J. Ghestin

[796] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*. p. 363, V° « Dol »

[797] Cass. com. 30 mai 2012, n° 11-19.594, RTD com. 2012. 836, obs. B. Bouloc ; Cass. com. 28 juin 2005, nº 03-16.794, D. 2006. 2774, note P. Chauvel ; RTD civ. 2005. 591, obs. J. Mestre, B. Fages ; Cass. 3e civ., 28 mai 2002, nº 03-16.794, D. 2006. 2774, note P. Chauvel ; RTD civ. 2005. 591, obs. J. Mestre, B. Fages

nuire qui est sanctionnée par la nullité du contrat[798]. L'obligation d'information pouvant aussi résulter de l'exigence de la bonne foi[799], en cas de non-délivrance d'une information, il y a une mauvaise foi, ce qui peut entraîner une erreur résultant d'un dol[800]. Or, on sait que l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable quand bien même elle porte sur la valeur de la prestation[801].

Si le vice du consentement est avéré, il est tout à fait possible de cumuler l'action en nullité avec celle des dommages et intérêts[802]. Les vices du consentement sont avant tout des « délits civils » et la victime peut actionner la responsabilité de leur auteur indépendamment de la nullité du contrat. Cette possibilité de cumul des actions est aussi affirmée par l'article 1178, alinéa 2 du Code civil. D'ailleurs, la Cour de cassation a admis le cumul depuis très longtemps lorsqu'elle affirmait que « le droit de demander la nullité d'un contrat par application des articles 1116 et 1117 du Code civil n'exclut pas l'exercice, par la victime des manœuvres dolosives, d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice qu'elle a subi »[803].

158. Le simple manquement à une obligation d'information d'ordre public devrait pouvoir entraîner la nullité du contrat. Les obligations d'information sont érigées afin d'assurer une meilleure protection des parties faibles[804]. Mais, pour l'aboutissement de cette protection, il faudrait que la victime d'un manquement à l'obligation d'information précontractuelle puisse choisir entre la nullité du contrat et l'allocation de dommages et intérêts. Cette option doit être possible dès l'instant qu'un manquement à une obligation d'information est constaté alors même qu'il n'y a pas de vice du consentement[805]. Cette position se justifie

---

[798] O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p. 84 F-L. Simon, *Théorie et Pratique du droit de la franchise, op. cit.*, § 163

[799] *Supra* §87 et s.

[800] J. Casey, note sous Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, « De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat », *art. cit.* p. 208 ; R. Boffa, M. Mekki, « Droit des contrats », *D*. 2021, p. 310

[801] Cass. civ. 1re, 10 juillet 1995, Defrénois 1995, p. 1399, obs. J-L.Aubert ; RTD civ. 1996, p. 390, n° 4, obs. J. Mestre ; Contrats, conc. consomm. 1996, p. 2, obs. L. Leveneur ; Cass. civ. 1re, 13 février 1996, D. 1996, Somm. p. 265, n° 7, obs. Aynès. Cet arrêt rappelle opportunément que toute réticence n'est pas dolosive. Encore faut-il que le manquement porte sur une information que le créancier devait réellement donner.

[802] M. Mekki, « Droit des contrats », *D*. 2020, p. 353 ; Vogel (L.) ; Vogel (J.), *Droit de la consommation,* in *Traité de droit économique*, T. 3, 2e éd., Bruylant, 2020, § 377 ; Fr. Cohet-Cordey, note sous Cass. 3e civ., 11 janvier 2012, n° 10-23.141 ; Cass. 3e civ., 06 juin 2012 11-15.97, « Des conséquences de la double nature du dol », *AJDI,* 2013, p. 225

[803] Cass. 1re civ., 4 février 1975, n° 72-13217

[804] J-D. Pellier, *Droit de la consommation,* 3e éd., D., 2021, §35

[805] J-D. Pellier, *Droit de la consommation, loc. cit.* ; D. Ferrier, N. Ferrier, *Droit de la distribution,* 9e éd. LexisNexis, 2020, §629

par le caractère d'ordre public des obligations d'information précontractuelle[806]. En effet, l'interdiction de violer les obligations d'information posées par le législateur devrait nécessairement s'accompagner de la nullité du contrat. C'est la manière la plus complète de consacrer le caractère inviolable des obligations d'information précontractuelle. La victime aura ainsi la latitude soit de demander la nullité du contrat si elle ne souhaite pas garder le contrat, soit de garder celui-ci et demander des dommages et intérêts. Il peut arriver que la simple allocation de dommages et intérêts ne puisse pas réparer intégralement le préjudice subi par le créancier. La négligence ou l'imprudence du débiteur l'a conduit à conclure un contrat qu'il n'aurait pas conclu s'il avait été bien informé. Dès lors, cette seule négligence ou imprudence du débiteur doit pouvoir entraîner la nullité du contrat au gré du créancier. On permettrait ainsi à la victime de déterminer le sort du contrat conclu sans les informations indispensables à son consentement.

D'ailleurs, certaines juridictions du fond avaient un temps commencé à sanctionner le simple manquement à une obligation d'information précontractuelle par la nullité du contrat[807]. La Cour de cassation l'a également fait dans un arrêt rendu par la première chambre civile le 7 décembre 2004[808]. De même, la Cour de justice de l'UE est favorable à la nullité du contrat dès lors qu'une obligation d'information est manquée[809]. C'est ce qu'elle a décidé dans son arrêt rendu le 17 décembre 2009[810].

Toutefois, l'automaticité de la nullité en cas de violation d'une obligation d'information précontractuelle n'est pas facile à admettre. En effet, l'objectif premier du caractère d'ordre public des obligations d'information précontractuelle est d'empêcher les parties de restreindre ou d'exclure le devoir d'information[811]. Le souhait du législateur n'est pas d'anéantir le contrat en cas de non-respect d'une disposition d'ordre public. Celle-ci peut être méconnue sans que le

---

[806] *Supra* §101 et s.

[807] CA Rennes, 1re ch., section B, 18 septembre 2008, n° 07/04177 ; TI Tours, 9 octobre 1992, Jurisdata, n° 1992-052336

[808] Cass. 1re civ., 7 décembre 2004 n° 01.11.823, Bull. civ. I, nº 303, p. 253, D. 2005, p. 75, obs. C. Rondey ; JCP G 2005, I, nº 141, nº 19, obs. A. Constantin ; JCP G, n° 47, 23 novembre 2005, II 10 160, obs. N. Rzepecki,

[809] M. Behar-Touchais, « Rapport introductif » in *Information, mise en garde, compétence, etc. Toujours plus d'informations à la charge du professionnel,* colloque ; Paris, 2011, *RDC,* 2012, p. 1041

[810] CJUE, 17 décembre 2009, aff. n° C.227/08, Eva Martin Martin c/EDP Editores SL, RDC 2010, n° 2, p. 652, , note Carole Aubert De Vincelles ; Europe, 2, p. 33, obs. A. Bouveresse

[811] N. Rzepecki, note sous Cass. 1re civ., 7 décembre 2004, n° 01-11.823, « La méconnaissance des obligations d'information, dispositions d'ordre public, est sanctionnée par la nullité du contrat », *JCP G,* n° 47, 23 Novembre 2005, II, p. 10160 ; Ph. Stoffel-Munck, « Décembre 2004-juin 2005 : embellie pour la sécurité des affaires », Dr. et Patr., nº 141, 2005, p. 97

contrat conclu cause de préjudice au créancier de l'obligation d'information précontractuelle. C'est pourquoi l'arrêt de la Cour de cassation rendu le 27 juin 2018 par la première chambre civile[812] rejette toute nullité automatique du contrat en cas de violation d'une disposition d'ordre public[813]. Dans cette affaire, la cour estimait qu'en matière d'obligation d'information, même d'ordre public, il n'y a pas de nullité sans texte. Ce qui veut dire que, même si un texte prévoit une obligation d'information sans pour autant prévoir que le simple manquement de celle-ci peut entraîner la nullité du contrat, il ne peut y avoir de nullité. Au cas contraire, celle-ci produirait de lourds effets.

2. Les effets de la nullité du contrat

Comme tout acte juridique annulé, le contrat annulé pour manquement à une obligation d'information précontractuelle produit des effets de droit. La prononciation de la nullité entraîne une disparition de l'acte. Mais, la détermination de l'étendue matérielle et temporelle de cette nullité n'est pas aisée à appréhender.

159. La détermination de l'étendue matérielle de la nullité pour manquement à une obligation d'information. Pour une meilleure détermination du champ d'application de la nullité, il faut s'intéresser au vice qui a entraîné la nullité du contrat. Selon que le manquement à l'obligation d'information a affecté une clause du contrat ou un ensemble du contrat, l'étendue de la nullité n'est pas la même. En effet, si la clause viciée affecte l'intégralité du contrat, la nullité affecterait aussi tout le contrat. Tel est le cas, notamment lorsque le manquement à l'obligation d'information précontractuelle a conduit à conclure un contrat qu'on n'aurait pas conclu si l'on avait reçu les informations manquées. Le contrat est ainsi anéanti dans son

[812] Cass. 1re civ., 27 juin 2018, n° 17-23.264, Bull. 2018, I, n° 121 ; D. 2018. 1436, RTD civ., n° 3, p. 647, H. Barbier

[813] H. Barbier, note sous Cass. 3e civ., 1er février 2018, n° 16-18.724 ; Cass. 1re civ., 31 janvier 2018, n° 17-10.340 ; Cass. 1re civ., 5 avril 2018, n° 17-12.595 ; Cass. 1re civ., 27 juin 2018, n° 17-23.264, « De quelques effets, inattendus et absolutistes, de l'ordre public », *RTD civ*., 2018, p. 647 ; H. Barbier, note sous Cass. 3e civ., 4 octobre 2018, n° 16-22.095 ; Cass. 3e civ., 22 mars 2018, n° 17-15.830 ; Cass. com., 10 octobre 2018, n° 17-18.547 ; Cass. com., 16 mai 2018, n° 16-16.498 ; Cass. com., 10 octobre 2018, n° 16-22.215, « Quelques précisions utiles à propos de l'ordre public surplombant le contrat *», art. cit.,* p. 886 ; H. Barbier, note sous Cass. soc. 23 janvier 2019, n° 17-21.550, « Existe-t-il un numerus clausus des vices du consentement ? *RTD civ.,* 2019. p. 321

ensemble sauf pour ce qui est des clauses autonomes[814] comme la clause compromissoire[815], la clause attributive de juridiction, la clause de conciliation et de médiation[816].

Toutefois, si le manquement à l'obligation d'information précontractuelle n'affecte qu'une clause du contrat, l'étendue de la nullité du contrat dépend de la place qu'avait la clause dans le contrat. Cette règle est affirmée par l'article 1184 du Code civil qui dispose que « lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles ». Dès lors, si la clause affectée par le manquement à une obligation d'information précontractuelle a un caractère déterminant pour les parties, la nullité totale du contrat doit être encourue[817]. Tel est le cas des clauses impulsives ayant conduit directement à la conclusion du contrat[818].

Cependant, si la clause affectée par le manquement à l'obligation d'information n'est pas déterminante, elle encourt la nullité. Celle-ci devient ainsi partielle. Mais, il faut relever que l'obligation d'information précontractuelle ne porte que sur les informations qui sont déterminantes pour le consentement ; dès lors, il est possible d'affirmer que toutes les clauses viciées à cause d'un manquement à une obligation d'information doivent être considérées comme des clauses déterminantes dont le vice doit entraîner la nullité du contrat[819].

Par ailleurs, au regard de l'alinéa 2 de l'article 1184 du Code civil, si une clause du contrat est viciée pour manquement à une obligation d'information précontractuelle, le contrat peut être maintenu si la clause viciée est réputée non écrite[820] ou lorsque la finalité de la règle méconnue[821] avec le manquement de l'obligation d'information exige le maintien du contrat[822]. Ce qui veut dire que c'est juste la clause impactée par le manquement qui disparaît, mais le contrat est maintenu.

---

[814] M-È. Pancrazi, « L'étendue de la nullité », in *Le Lamy Droit du contrat, Wolters Kluwer*, 2022 § 1465

[815] Cass. 1re civ., 7 mai 1963, n° 58-12 874, Bull. civ. I, n° 246, D. 1963, jur., p. 545, note I. Robert ; JCP G 1963, II, n° 13405, note B. Goldman

[816] Cass. 2e civ., 6 juillet 2000, n° 98-17.827, RTD civ. 2001, p. 359, obs. Mestre J., Fages B., Contrats, conc., consom. 2001, comm. 2, note L. Leveneur

[817] Cass. civ., 20 mars 1929, DP 1930, p. 13, note P. Voirin ; Cass. 1re civ., 2 juillet 1958, Bull. civ. I, n° 352 ; Cass. soc., 5 mars 1959, n° 57-20 398, Bull. civ. IV, n° 333 ; Cass. com., 3 octobre 1977, n° 76-11 460, Bull. civ. IV, n° 212 ; Cass. com., 3 octobre 1977, n° 76-11 460, Bull. IV, n° 212 ; Cass. 1re civ., 16 mars 1983, n° 82-10 334, Bull. civ. I, n° 100.

[818] M-È. Pancrazi, « L'étendue de la nullité », in *Le Lamy Droit du contrat, op. cit.,* §1475

[819] *Supra* §36

[820] J. Kullmann, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D*. 1993, chr., p. 59, spéc. p. 62

[821] Cass. 1re civ., 14 mai 1974, n° 73-10 316, Bull. civ. I, n° 137, D. 1975, p. 97, note C-J. Berr, H. Groutel

[822] M-È. Pancrazi, « L'étendue de la nullité », in *Le Lamy Droit du contrat, op. cit.,* §1478

En outre, l'information manquée peut affecter non pas un contrat, mais un ensemble de contrats. Dans ce cas, l'étendue de la nullité doit s'apprécier selon que les contrats ont une dépendance unilatérale ou une véritable interdépendance[823]. Dans la première situation, dès l'instant qu'un contrat est subordonné juridiquement à un autre, la disparition du premier pour manquement à une obligation d'information précontractuelle doit entraîner la disparition de l'autre[824]. Dans la seconde situation[825], l'annulation d'un des contrats doit entraîner la caducité des autres contrats[826].

160. La détermination de l'étendue temporelle de la nullité pour manquement à une obligation d'information. Au regard du temps, les effets de la nullité du contrat pour manquement à une obligation d'information précontractuelle sont précisés par l'article 1178 du Code civil qui dispose que « le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9 ». Ainsi, les deux conséquences de la nullité sont la rétroactivité et la restitution des prestations. Pour ce qui est de la rétroactivité, elle doit s'analyser entre les parties et à l'égard des tiers. Entre les parties, on considère qu'il n'y a jamais eu de contrat. En effet, le contrat étant la rencontre de deux ou de plusieurs volontés destinées à créer des effets de droit, la nullité entraîne un anéantissement de cette rencontre de volonté en considérant qu'elle n'a jamais eu lieu. Les effets de droit créés par le lien contractuel sont réputés n'avoir jamais existé entre les parties. Le contrat ainsi annulé perd son caractère contraignant pour plonger dans la catégorie des obligations non susceptibles d'exécution forcée devant le juge. La force obligatoire du contrat disparaît pour laisser place à une obligation non contraignante. Le créancier du contrat annulé perd ainsi ses privilèges de créancier et le débiteur n'est plus obligé de poursuivre l'exécution de sa prestation. La nullité pour manquement à une obligation d'information

[823] M-È. Pancrazi, « L'étendue de la nullité », in *Le Lamy Droit du contrat, op. cit.,* §1481

[824] S. Amrani-Mekki, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Defrénois* 2002, art. 37505.

[825] Bros S., « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *D*. 2016, p. 29

[826] Cass. com., 4 novembre 2014, n° 13- 24 270, Bull. civ. IV, n° 159, RTD civ. 2015, p. 127, obs. H. Barbier ; Cass. com., 12 juillet 2017, no 15-23 552, Bull. civ. IV, n° 104 ; Cass. com., 12 juillet 2017, n° 15-27 703, Bull. civ. IV, n° 105, JCP G 2017, n° 40, 1021, note F. Buy, JCP G 2017, n° 48, 1269, obs. G. Virassamy ; AJ Contrat 2017, p. 429, note S. Bros, Gaz. Pal. 2017, p. 34, obs. D. Houtcieff; RDC 2017, p. 590, obs. Th. Genicon; RDC 2017, p. 627, note J-B. Seube; RTD civ. 2017, p. 846, obs. H. Barbier ; RLDC 2017/154, n° 6382, obs. F. Rouvière

précontractuelle empêche une partie de demander l'exécution du contrat ou encore de se plaindre de l'inexécution d'une obligation précédemment à la nullité[827].

À l'égard du tiers, la nullité pour manquement à une obligation d'information peut avoir deux effets. Elle peut soit lui profiter soit lui causer des ennuis. En cas de nullité, le tiers profite de la rétroactivité de celle-ci pour se soustraire à ses engagements. Tel le cas de la caution qui avait garanti une créance annulée. Mais, d'autres personnes peuvent pâtir de la nullité du contrat. C'est le cas des tiers qui sont tenus de restituer des droits déjà acquis avant l'annulation du contrat. On peut citer le cessionnaire qui est tenu en cas de nullité de la cession de restituer les droits sociaux, mais aussi les dividendes déjà reçus s'il était de mauvaise foi[828].

La seconde conséquence de la nullité du contrat pour manquement à une obligation d'information est la restitution des prestations déjà fournies. En vertu des dispositions de l'article 1352 du Code civil, il existe deux types de restitutions, la restitution en nature et la restitution en valeur. La restitution des prestations doit se faire en priorité en nature, ce n'est que lorsque celle-ci est impossible que la restitution en valeur doit s'effectuer[829].

En définitive, les effets de la nullité pour manquement à une obligation d'information précontractuelle peuvent anéantir totalement ou partiellement le contrat entraînant ainsi une obligation de restitution des prestations. Mais, au-delà des sanctions classiques du manquement à l'obligation d'information, il est possible d'envisager des sanctions subsidiaires qui pourront combler dans certaines situations les défaillances des sanctions principales.

§2 : Les sanctions contractuelles des obligations d'information

Au-delà des sanctions légales du manquement à l'obligation d'information précontractuelle, la doctrine avait émis le souhait de la consécration de certaines sanctions comme l'effet obligatoire du contrat[830]. Toutefois, le défaut de consécration légale de cette sanction n'empêche pas les parties de la prévoir dans leur contrat (A). De même, dans certains contrats, la loi permet de revenir sur son consentement sans justifier de motif. Là aussi, les parties

[827] Cass. soc., 13 janvier 1998, nº 95-41.628, Bull. civ. V, nº 6 ; CA Paris, 28 février 2001, RTD civ. 2001, p. 357, obs. J. Mestre, B. Fages

[828] Cass. 3e civ., 21 octobre 1998, n° 96-16 537, Bull. civ. III, n° 203, RJDA 1998, n° 1371, D. aff. 1999, p. 40

[829] V. Zalewki-Sicard, « Donations et restitutions après l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 », *LPA*, 2017, p. 6

[830] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *op. cit*., §637

peuvent prévoir que le manquement à une obligation d'information peut donner lieu à une rétractation de la part de la victime (B).

A. La clause de force obligatoire de l'information

À l'image de la force obligatoire du contrat, la clause de force obligatoire de l'information consiste à dire dans le contrat que toutes les informations transmises par une partie peuvent faire l'objet d'une exécution forcée si elles ont déterminé le consentement de l'autre. C'est donc une clause qui présente beaucoup d'intérêts pour les parties (1), il suffit d'observer sa mise en œuvre pour s'en convaincre (2).

1. La notion et l'intérêt de la clause de force obligatoire de l'information

L'effet obligatoire de l'information transmise par le débiteur est une sanction très originale de la violation de l'obligation d'information[831]. En effet, tout en palliant les insuffisances des sanctions classiques du manquement à une obligation d'information, la clause de force obligatoire de l'information permet d'exécuter par la force les informations transmises.

161. La clause de la force obligatoire de l'information permet de pallier les insuffisances des sanctions légales du manquement à une obligation d'information précontractuelle. Les sanctions classiques du manquement à une obligation d'information précontractuelle sont l'allocation de dommages et intérêts et la nullité du contrat en cas de vice du consentement[832]. Mais ces sanctions ne sont pas toujours adaptées à la situation des victimes.

Il peut arriver que le créancier d'une obligation d'information précontractuelle préfère le maintien du contrat à son annulation. Tel est le cas lorsque le contrat est favorable à la victime et c'est juste la prestation du débiteur qui a des défauts. Il suffirait de corriger ces défauts, généralement occasionnés par un non-respect d'une information déjà transmise, pour que le contrat soit exempt de toutes difficultés[833]. Il en est de même de l'allocation de dommages et intérêts. Une telle indemnité n'apporte pas toujours satisfaction à la victime. En effet, la responsabilité étant extracontractuelle, le juge fixe librement les dommages et intérêts faute d'avoir un moyen de les évaluer plus précisément. Or, si l'information manquée fait partie du

831 D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit*., §328

832 *Supra* §149 et s.

833 M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *op. cit.*, §639

contrat, l'évaluation des dommages et intérêts devient plus facile et le juge peut prendre comme indice le contrat. La victime obtiendra ainsi une réparation beaucoup plus complète[834].

C'est ce qu'avait compris Mme Fabre-Magnan lorsqu'elle proposait dans sa thèse de doctorat que le manquement à l'obligation d'information puisse, dans certaines situations, être sanctionné par l'effet obligatoire de l'information[835]. Mais, la réforme du droit des contrats de 2016 n'a pas jugé nécessaire de consacrer l'effet obligatoire de l'information comme sanction du manquement à l'obligation d'information précontractuelle.

Ce défaut de consécration se justifie peut-être par le fait que l'effet obligatoire de l'information permettrait au juge de réviser les clauses du contrat librement arrêtées par les parties[836]. Or, l'esprit actuel du droit des contrats est de donner pleinement effet aux stipulations contractuelles sans que le juge puisse modifier ce dont les parties ont convenu. En outre, reconnaître l'effet obligatoire de l'information, c'est permettre au créancier de rentabiliser son erreur. Le créancier peut bénéficier d'une exécution forcée de son erreur sans qu'il soit trompé par le débiteur[837]. Aussi, avec l'exécution forcée de l'information, un tiers peut se voir condamné à la place de la personne qui a délivré l'information[838].

Toutefois, le défaut de consécration légale et les critiques sur l'effet obligatoire de l'information n'empêchent pas les parties de prévoir une clause d'exécution forcée de l'information transmise. Une telle clause est valable puisqu'elle ne limite pas et n'exclut pas l'obligation d'information, mais également elle n'est pas abusive dans la mesure où elle ne fait que sanctionner un mauvais comportement qui a porté atteinte à une des parties. Pour s'en convaincre, il faut se rapprocher de la clause de force obligatoire du contrat prévue à l'article 1151 du Code civil sur l'impossibilité de nullité du contrat si l'acte incriminé profite à l'incapable[839]. Avec la clause de force obligatoire, on n'empêche pas la nullité, mais on oblige la partie qui a communiqué une information et qui profite à l'autre de la respecter.

162. La clause de la force obligatoire du contrat oblige le débiteur d'une obligation d'information d'exécuter l'information erronée qu'il a transmise au créancier. Mme Fabre-Magnan estime qu'en cas de violation d'une obligation précontractuelle

---

834 M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *loc. cit.*

835 M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *op. cit*. §637

836 G. Viney, *Introduction à la responsabilité,* in *Traité de civil,* 3e Ed. LGDJ, 2008, §706

837 G. Viney, *Introduction à la responsabilité,* in *Traité de civil, op. cit.* §706

838 V. Mazeaud, note sous Cass. mix., 08 juillet 2015, n° 13-26.686, « Le refoulement de la perte de chance en présence d'un manquement à une obligation d'information », *D.* 2015, p. 2155

839 H. Barbier, note sous Cass. 1re civ., 4 juillet 2019, n° 17-27.621, « Lorsque le vice de formation qui profite à la victime n'est pas source de nullité : vers l'indifférence du vice in favorem ? », *RTD civ*., 2019, p. 856

d'information, « la sanction la plus appropriée consiste souvent à rendre obligatoire l'information erronée transmise par l'une des parties et à élargir ainsi le contenu du contrat. L'information donnée acquiert alors une force obligatoire »[840]. À travers cette sanction, toute information transmise par le débiteur, qui a ensuite déterminé le consentement du créancier, entre dans le champ contractuel. Le créancier peut ainsi revendiquer son exécution forcée.

La clause de force obligatoire du contrat aura les mêmes effets. Elle obligera le débiteur qui a livré une information mensongère de la respecter. La fausse information acquiert ainsi une valeur contractuelle à l'image des autres clauses du contrat. Le débiteur pourrait être condamné à exécuter la prestation promise ou en cas d'impossibilité de verser une indemnité équivalente à la prestation. À titre d'exemple, un concessionnaire de véhicules qui affiche devant son garage que tous les véhicules achetés sont garantis 2 ans et que celle-ci inclut une garantie d'assistance dans les 24 heures pourrait être contraint de respecter ces engagements après la conclusion du contrat par le seul fait qu'il l'a dit à son cocontractant. Le créancier bénéficie ainsi d'une garantie d'exécution de l'information ainsi livrée. La clause de force obligatoire du contrat donnera ainsi à la victime une garantie de l'exécution de l'information sans que le contrat soit nécessairement annulé.

Cette obligation de garantie est bien connue en droit notamment dans la convention d'assistance où la Cour de cassation estime cette convention « comporte nécessairement l'obligation pour l'assisté, de garantir l'assistant de la responsabilité par lui encourue, sans faute de sa part, à l'égard de la victime d'un accident éventuel, que cette victime soit ou non un autre assistant »[841]. L'assisté garantit ainsi à son assistant des dommages éventuels qui pourront résulter de leur relation. Même si l'on n'est pas dans la même situation, l'esprit est le même car, on oblige le débiteur qui a délivré une fausse information à garantir l'exécution de celle-ci.

Cette technique contractuelle permettrait ainsi de lutter plus efficacement contre les publicités mensongères dont les cocontractants non professionnels sont le plus souvent victimes. Mais, pour apercevoir l'utilité de la clause de force obligatoire, il faut examiner sa mise en œuvre.

2. La mise en œuvre de la clause de force obligatoire de l'information

[840] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *op. cit*. §640

[841] Cass. 1re civ., 16 décembre 1997, n° 95-18.593, Bull. civ. I, n° 376, 95-18593, RTD. Civ., 2004, n° 3, p. 515, P. Jourdain

Pour que la clause de force obligatoire du contrat puisse produire toute son efficacité, il est nécessaire qu'elle respecte au préalable un certain nombre de conditions. Ce n'est que si ces conditions sont respectées que le juge pourra valider son exécution forcée.

163. La clause de force obligatoire de l'information doit observer un certain nombre de conditions pour qu'elle puisse être efficace. Pour que la clause de force obligatoire du contrat puisse produire ses effets, il faut que trois conditions soient réunies. L'absence de l'une de ces conditions privera la clause d'effet[842].

Dans un premier temps, le débiteur doit délivrer une information erronée au créancier qui influence le consentement de celui-ci. En l'absence d'une fausse information délivrée, la clause de force obligatoire de l'information n'aura aucun sens.

Dans un deuxième temps, l'information erronée délivrée doit procurer un avantage au créancier. Il faut que l'information entraîne une attente légitime pour son bénéficiaire. Ce qui implique que l'information doit non seulement présenter un avantage pour le créancier, mais également que celui-ci doit être de bonne foi par rapport à l'attente. En effet, si le créancier sait ou peut savoir que l'information que lui a fournie le débiteur est erronée, il ne pourra plus revendiquer son exécution forcée parce que tout simplement son attente deviendrait illégitime.

La troisième condition est relative au moyen du débiteur d'exécuter l'information. Ce dernier doit avoir les moyens d'exécuter l'information ; à défaut, l'information faussement délivrée ne pourra pas faire l'objet d'une exécution forcée. Tel est cas lorsqu'un vendeur de véhicules promet de remplacer le véhicule acheté chez lui s'il tombe en panne avant la première date d'anniversaire de l'achat et tombe en faillite. Ici, le vendeur a délivré une information avantageuse au créancier qui l'a cru légitimement, ce qui l'a poussé à acheter le véhicule. Mais l'exécution forcée de l'information ne pourra être poursuivie puisque le vendeur n'a plus les moyens pour exécuter l'information délivrée.

Ces trois conditions doivent être simultanément réunies pour que la clause de force obligatoire de l'information puisse produire efficacement ses effets. C'est pourquoi les parties qui insèrent une clause de force obligatoire de l'information doivent au préalable vérifier que la réunion de ces conditions puisse être possible afin que la sanction de l'information erronée puisse quitter la sphère extracontractuelle pour le domaine contractuel.

164. La réception par la jurisprudence de la force obligatoire de l'information facilitera sa reconnaissance conventionnelle. Même si la sanction du manquement d'une obligation

[842] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *op. cit*. § 640 et s.

d'information par l'effet obligatoire de l'information n'est pas expressément prévue par la loi, il y a quelques arrêts de la Cour de cassation qui permettent de constater son application. C'est le cas en droit des assurances où les juges du droit avaient validé un arrêt d'appel qui avait décidé que « la caisse qui, mandataire des époux X… [les créanciers] pour la conclusion du contrat d'assurance, les avait inexactement informés sur l'étendue de la garantie dont ils pourraient bénéficier, avait commis une faute lourde dont elle devait réparation et qu'elle devait en supporter les conséquences »[843]. Les juges du droit ont également appliqué l'effet obligatoire de l'information dans le domaine du devoir d'information contractuel, lorsqu'ils ont estimé que « les documents publicitaires peuvent avoir une valeur contractuelle dès lors que, suffisamment précis et détaillés, ils ont eu une influence sur le consentement du cocontractant »[844].

Plus récemment, la Cour de cassation avait jugé, cette fois-ci contre le créancier de l'information[845], qu'« ayant relevé que le rapport d'expertise amiable produit par les emprunteurs établissait que le calcul des intérêts conventionnels sur la base, non pas de l'année civile, mais de celle d'une année de trois cent soixante jours, avait eu pour effet de minorer le montant de ces intérêts, de sorte que l'application de la clause prévoyant une telle base de calcul ne venait pas à leur détriment, c'est à bon droit qu'une cour d'appel a rejeté la demande tendant à son annulation »[846]. Dans cette décision, la première chambre civile, en affirmant que le créancier ne pouvait invoquer l'information erronée pour demander l'annulation du contrat[847], fait implicitement application de la force obligatoire de l'information[848].

Dès lors, au regard de ces applications jurisprudentielles de la force obligatoire de l'information, il est possible d'affirmer que, si des parties décident d'insérer dans leur contrat une clause de force obligatoire de l'information, celle-ci recevra une application devant le juge. Donc, la sanction proposée par Mme Fabre-Magnan peut avoir aujourd'hui un intérêt considérable en droit des contrats. Comme on l'a vu, le législateur est muet sur la nature du préjudice réparable et même à supposer que ça soit la perte de chance, celle-ci semble interdite

---

[843] Cass. 1re civ., 6 mai 1985, n° 83-11.024

[844] Cass. 1re civ., 6 mai 2010, n° 08-14.461

[845] H. Barbier, note sous Cass. 1re civ., 4 juillet 2019, n° 17-27.621, « Lorsque le vice de formation qui profite à la victime n'est pas source de nullité : vers l'indifférence du vice in favorem ? », *art. cit.*, p. 856

[846] Cass. 1re civ., 4 juillet 2019, n° 17-27.621, RTD civ. 2019, p. 856, obs. H. Barbier,

[847] H. Barbier, note sous Cass. com., 31 janvier 2017, n° 15-15.890 ; Cass. om., 18 janvier 2017, n° 14-26.604 ; Cass. 1re civ., 12 oct. 2016, n° 15-25.034 ; Cass. mix., 24 février 2017, n° 15-20.411 ; Cass. 1re civ., 8 décembre 2016, n° 15-26.086, « Les nouvelles noces du formalisme et du consentement : vers un formalisme raisonné », *RTD civ*. 2017, p. 377

[848] Cass. 1re civ., 12 octobre 2016, n° 15-25.034, AJDI 2017, p.126 obs. J. Moreau, O. Poindron et B. Wertenschlag ; RDI 2017, p. 32, obs. H. Heugas-Darraspen; RTD civ. 2017, p. 377, obs. H. Barbier

par le législateur[849]. Mais, il n'y a pas que la clause de l'effet obligatoire de l'information pour se passer des sanctions légales de manquement à une obligation d'information précontractuelle ; les parties peuvent aussi envisager de sanctionner leur mauvais comportement par une rétractation pure et simple de leur volonté.

B. La clause de rétractation

En plus de l'effet obligatoire de l'information manquée, le droit de rétractation peut constituer une alternative très efficace contre le manquement à une obligation d'information précontractuelle. En effet, les parties d'un contrat peuvent prévoir que tout manquement à une obligation d'information précontractuelle peut permettre à la victime de se rétracter. Une telle stipulation n'est pas contraire au caractère d'ordre public de l'obligation d'information précontractuelle. Elle ne limite pas et n'exclut pas celle-ci, au contraire elle renforce son efficacité[850]. Toutefois, avant de s'intéresser à la mise en œuvre de la clause de rétractation en cas de manquement à une obligation d'information précontractuelle (2), il faut d'abord examiner la notion et l'intérêt de celle-ci (1).

1. La notion et l'intérêt de la clause de rétractation

La clause de rétractation est une stipulation contractuelle qui permet à l'auteur d'un acte de revenir sur sa volonté et de la retirer comme si elle était non avenue, afin de la priver de tout effet passé ou à venir[851]. Il s'agit donc d'une prérogative discrétionnaire qui permet d'anéantir un contrat sans passer par le juge.

165. La clause de rétractation, une inspiration du droit de la rétractation consacrée dans certains contrats. La clause de rétractation est une inspiration du droit de rétractation consacrée légalement dans certains contrats. En effet, le législateur français permet dans certains contrats à l'une des parties de revenir sur sa décision en anéantissant le contrat déjà conclu.

C'est le cas des contrats de vente à distance où l'article L. 221-18 du Code de la consommation dispose que « le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors

[849] *Supra* §152 et s.
[850] *Supra* §101 et s.
[851] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*. p. 928, V° Rétractation

établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 221-23 à L. 221-25 ». De même, en matière de crédit à la consommation[852], l'article L. 312-19 du même Code prévoit que « l'emprunteur peut se rétracter sans motifs dans un délai de quatorze jours calendaires révolus à compter du jour de l'acceptation de l'offre de contrat de crédit… »[853]. Le droit de rétractation est aussi admis au profit de l'acquéreur non professionnel d'un immeuble par l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation[854]. Sur ce point, la Cour de cassation a une fois jugé que l'exercice par l'acquéreur de son droit de rétractation entraîne l'anéantissement du contrat[855]. Le droit de rétractation est aussi prévu dans le courtage matrimonial où le cocontractant du professionnel peut revenir sur son consentement dans un délai de sept jours à compter de la signature du contrat sans être tenu de payer une indemnité[856].

Dans ces contrats, le législateur permet à une partie de méconnaître la force obligatoire du contrat en remettant en cause le contrat déjà conclu. Cette remise en cause de la force obligatoire dans ces contrats s'explique par le fait que, dans ces genres de contrat, l'une des parties n'a pas souvent la chance de donner un consentement libre et éclairé. Elle agit souvent par impulsion après avoir écouté l'offre qui lui a été présentée. Le contrat est dès lors conclu avec un vice du consentement ou sans délivrance d'informations déterminantes au créancier[857]. Le droit de rétractation vient donc extirper le contrat de ses défauts de formation en permettant à la victime d'un manquement à une obligation d'information, par exemple, de revenir sur son consentement sans passer par un contentieux judiciaire.

Toutefois, il faut préciser qu'une clause de rétractation ne peut pas être stipulée dans les contrats de consommation au bénéfice du professionnel et dans les contrats d'adhésion. Le contraire donnera lieu à une clause abusive, privée de tout effet contractuel[858].

---

[852] E. Bazin, « Le droit de repentir en droit de la consommation », *D*., 2008, p. 3028 ; St. Detraz « Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation », *op. cit.* p. 7

[853] Cass. 1re civ., 12 février 1991, n° 88-11.916, D. 1992. Somm. 269, obs. J. Penneau ; RTD civ. 1991, p. 525, obs. J. Mestre

[854] P. Cornille, « Précisions bienvenues sur le délai de rétractation du consommateur pour les contrats conclus « hors établissement », *Constr.-Urb.,* 2015, no 29 ; H. Périnet-Marquet, « Les difficultés de délimitation du champ d'application des droits de rétractation et de réflexion offerts à l'acquéreur immobilier. Article L. 271-1 du Code de la construction », *JCP G*, 2002, I, n° 22, p. 129

[855] Cass. 3e civ., 13 février 2008, n° 06-20.334 P : D. 2008. 1530, note Dagorne-Labbe; JCP E 2008, n° 37, p. 25, obs. Stoffel-Munck

[856] Art. L. 224-91 C. Consom.

[857] St. Detraz, « plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation », *Contrats, conc. Consom*, 2004, p. 7

[858] Art. L212-1 à L212-2 C. consom. ; art. L. 442-6 C. com. ; art. 1171 C. civ.

C'est au regard de cette possibilité de sanctionner discrétionnairement le manquement à l'obligation d'information qu'une clause de rétractation est intéressante dans les contrats qui doivent respecter une obligation d'information précontractuelle[859]. Une telle stipulation permettrait de prévenir les comportements dolosifs des parties et rendrait celles-ci plus diligentes dans l'exécution de leur obligation d'information précontractuelle. D'ailleurs, le nouvel article 1122 du Code civil permet aux parties de prévoir dans leur contrat une clause de rétractation au bénéfice du destinataire de l'offre qui déposera ainsi d'un délai pour revenir sur son consentement sans saisir le juge. L'importance d'une telle clause est donc palpable pour les parties et assoit une confiance entre elles puisqu'elle rend les relations contractuelles plus loyales qu'opportunistes.

166. La clause de rétractation pour manquement à une obligation d'information permet d'anéantir le contrat sans passer par le juge. Si les parties prévoient que le manquement à une obligation d'information précontractuelle permet à la victime de se rétracter, celle-ci exercera dans ce cas cette prérogative contractuelle sans passer par le juge. Une telle technique contractuelle présente des avantages aussi bien pour les parties que pour les pouvoirs publics.

Avec la clause de rétractation, les parties se débarrassent plus rapidement des contrats indésirables par une simple rétractation de leur volonté. La célérité ainsi retrouvée dans l'anéantissement du contrat n'est pas négligeable surtout dans le monde des affaires où le mot d'ordre est le gain de temps. Permettre à une partie victime d'un manquement à une obligation d'information de se rétracter de son engagement donne à chacune des parties la possibilité de se repositionner plus rapidement sur d'autres affaires sans attendre une décision de justice.

Le contrat consumériste gagne aussi en attractivité avec la clause de rétractation. En effet, les consommateurs victimes d'un manquement à une obligation d'information précontractuelle renoncent le plus souvent à intenter une action en justice pour demander la réparation ou l'annulation du contrat. La faible valeur des contrats de consommation conduit ainsi les victimes d'un manquement à une obligation d'information à supporter un contrat qu'elles n'auraient pas conclu ou dans les mêmes conditions différentes si elles avaient été correctement informées. Avec la clause de rétractation, les victimes peuvent ainsi obtenir justice sans passer par le juge. Il suffit de manifester sa rétractation auprès du contractant pour se libérer du contrat.

Pour les pouvoirs publics, la clause de rétractation permet de désengorger les tribunaux souvent saturés de litiges qui pourraient être réglés par les parties. La clause de rétractation permettrait

[859] Cass. 3e civ., 5 décembre 2019, n° 18-24.152, D. 2020, p.353, obs. M. Mekki ; AJ contrat 2020. 102, obs. M. Lagelée-Heymann ; RTD civ. 2020. 94, obs. H. Barbier

ainsi aux juridictions de se consacrer sur des affaires techniquement plus complexes, ce qui n'est pas du tout négligeable d'autant plus que depuis un certain temps il y a une vague de promotion des modes alternatifs de règlement des conflits afin de fluidifier les juridictions[860].
La clause de rétractation pour manquement à une obligation d'information précontractuelle peut permettre également d'augmenter les causes d'anéantissement du contrat conclu en violation d'une obligation d'information et laisser ainsi la possibilité à la victime d'opter pour l'action qu'elle préfère. En effet, au regard des sanctions légales, les causes d'anéantissement du contrat sont strictement encadrées[861]. Ce ne sont pas tous les manquements d'une obligation d'information précontractuelle qui peuvent permettre de se débarrasser du contrat. La protection des victimes est limitée à la gravité de la faute commise. Or, avec la clause de rétractation, les parties peuvent réajuster la sanction du manquement à l'obligation d'information sans la conditionner à la gravité de la faute[862]. Ce réajustement des sanctions peut aller dans le sens de leur aggravation sans que cela soit contraire à l'ordre public. Tout doit ainsi dépendre de la mise en œuvre de la clause de rétractation.

2. La mise en œuvre de la clause de rétractation

Si les parties décident de rendre leur relation contractuelle plus loyale en insérant une clause de rétractation dans leur contrat, celle-ci doit, pour être efficace, répondre à un certain nombre de conditions. Si ces conditions sont respectées, la clause pourra produire efficacement les effets escomptés.

167. La clause de rétractation pour manquement à une obligation d'information doit respecter un certain nombre de conditions. Pour être efficace, la clause de rétractation, à l'image du droit de rétractation, doit suivre certaines conditions. Ces conditions peuvent être classées en trois catégories cumulatives.
Dans un premier temps, la clause de rétractation doit être calquée sur l'exigence d'un juste motif. En effet, le fait générateur de la rétractation doit être prévu au préalable par les parties. Le défaut de prévision d'un juste motif pourrait entraîner un usage abusif du droit de rétractation. Dès lors, en matière d'obligation d'information précontractuelle, les parties peuvent prévoir que seul le manquement à un certain nombre d'obligations d'information

[860] Il faut noter que le Conseil d'État (CE 22 septembre 2022, n° 436939), a annulé l'article 750-1 du CPC qui obligeait, pour certains litiges, de passer par les MARD dans le cadre d'un contrôle de légalité.
[861] *Supra* §149 et s.
[862] *Infra* §167 et s.

précontractuelle pourrait entraîner un usage du droit de rétractation. La stipulation peut être plus précise en donnant une liste d'informations déterminée par les parties ou encore dire qu'uniquement les informations déterminantes retenues volontairement qui peuvent entraîner l'utilisation de la clause de rétractation. Cette stipulation du juste motif ne doit pas causer trop de difficulté sur le plan de la technique contractuelle. Cependant, si la clause n'est pas précisée et fait juste un renvoi aux « informations déterminantes », la mise en œuvre de la clause sera plus compliquée. En effet, dans ce cas, la partie qui invoquera la clause de rétractation devra prouver que l'information manquée était déterminante pour son consentement. Mais, il ne sera pas évident que la partie contre qui l'on invoque la clause accepte facilement les propos de son partenaire. C'est pourquoi, pour garder toute son efficacité, la clause de rétractation doit être précisée par rapport aux informations qui peuvent la déclencher.

En outre, en plus du juste motif, la clause de rétractation doit prévoir un délai pour son invocation. Les parties doivent encadrer dans un délai bien déterminé la validité de la clause de rétractation. À défaut, il y aurait une insécurité contractuelle. Ainsi, dans le cadre d'une obligation d'information précontractuelle, la clause de rétractation peut prévoir qu'elle ne peut être mise en œuvre qu'après un délai bien déterminé à la suite de la découverte de l'information manquée. Après ce délai, la victime du manquement à l'obligation d'information ne devrait plus pouvoir user de la clause de rétractation pour revenir sur son consentement. Ainsi, contrairement au droit de rétractation qui commence souvent à courir juste après la conclusion du contrat[863], la clause de rétractation doit commencer à courir après la découverte du vice incriminé par elle. Le défaut de cette précision permet au bénéficiaire de la clause d'anéantir le contrat à tout moment alors même qu'il avait déjà découvert depuis très longtemps le manquement à l'obligation d'information précontractuelle.

Par ailleurs, pour accroître son efficacité, la clause de rétractation doit prévoir que sa mise en œuvre n'est pas subordonnée au paiement d'une indemnité comme dans le cadre du droit de rétractation. Cette prévision permettrait de se rétracter sans avoir à indemniser le cocontractant. Mais, elle peut aussi prévoir le contraire notamment lorsque le bénéficiaire de la clause a déjà profité du contrat avant la mise en œuvre de la rétractation[864]. Dans ce cas, l'indemnité doit être déterminée au regard du profit que le bénéficiaire a tiré du contrat avant son anéantissement.

---

[863] Art. L. 224-91 C. Consom. ; L. 221-18 C. consom. ; L312-19 C. Consom. ; L. 271 - 1 CCH

[864] Cette possibilité est prévue par L'article L. 341-16, II du code monétaire et financier où si la personne démarchée a bénéficié du produit pendant un certain temps, elle verse une compensation financière en contrepartie de cette utilisation.

168. La clause de rétractation en cas de manquement à une obligation d'information produit un certain nombre d'effets. Le déclenchement de la clause de rétractation pour manquement à une obligation d'information a pour effet d'anéantir le contrat. Cette neutralisation peut être valable aussi bien pour l'avenir que pour le passé. Dans ce cas, la rétractation aura les mêmes effets que la nullité du contrat. Son anéantissement peut entraîner ainsi, selon la prévision des parties, la disparition des seules clauses contractuelles conclues sans le respect des obligations d'information précontractuelle ou encore l'ensemble du contrat si la clause estime que la partie affectée du contrat est un élément essentiel. Dans un groupe de contrats, la clause de rétractation doit pouvoir remettre en cause tous les contrats dont l'exécution dépendrait du contrat anéanti par la clause. Les parties peuvent ainsi prévoir une étendue matérielle très large de la clause de rétractation.

Sur le plan temporel, la clause de rétractation peut produire des effets aussi bien pour l'avenir que pour le passé. Après son invocation, une partie ne pourra donc pas revendiquer l'exécution à venir ou exiger une prestation non exécutée avant la rétractation. Toutefois, la clause peut aussi limiter les effets de l'anéantissement du contrat pour l'avenir, ce qui permet d'éviter de revenir sur les prestations déjà exécutées. Mais si une telle stipulation n'est pas prévue par les parties, le déclenchement de la clause de rétractation pourra conduire à une restitution des prestations déjà effectuées. Dans ce cas, à l'image de la restitution pour cause de nullité du contrat, les parties sont tenues de restituer intégralement les prestations qu'elles ont déjà reçues[865]. Elles doivent dès lors emprunter d'abord la restitution par nature, ce n'est qu'en cas d'impossibilité que la restitution en valeur doit être envisagée[866].

[865] *Supra* §159 et s.

[866] Art. 1352 à 1352-9 C. civ.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

La deuxième caractéristique du régime des obligations d'information précontractuelle est sa preuve et ses sanctions. Sur le premier point, il faut noter que la charge de la preuve de l'existence d'une obligation d'information précontractuelle pèse sur le créancier et ne constitue pas un fait négatif. Sur la charge de la preuve de l'exécution d'une obligation d'information, celle-ci pèse sur le débiteur dans l'obligation d'information explicite et sur le créancier dans les obligations d'information implicite. Mais, la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information explicite est un fait positif conforme au droit commun de la preuve alors que celle des obligations d'information implicite est négative. Quant à l'objet de la preuve dans l'existence de l'obligation d'information, il porte sur le caractère déterminant de l'information, la connaissance de l'information par le débiteur et l'ignorance de celle-ci par le créancier ou la confiance du créancier au débiteur dans l'obligation d'information explicite. Dans les obligations d'information implicite, l'objet de la preuve porte sur le caractère déterminant de l'information manquée et l'intention de tromper. Pour ce qui est de l'objet de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information, il se rapporte à la délivrance de l'information par le débiteur dans l'obligation d'information explicite et se porte sur l'absence de délivrance de l'information par le débiteur si l'on est devant une obligation d'information implicite.

Par ailleurs, c'est la liberté de la preuve qui s'applique dans toutes les obligations d'information précontractuelle. Dès lors, les preuves qui ont le plus de force probante sont l'aveu judiciaire, le serment judiciaire et l'écrit. Alors que la preuve testimoniale, la présomption, l'aveu extrajudiciaire et le serment supplétoire ont une force probatoire moins importante. En outre, cette liberté de la preuve permet aux parties de passer des contrats sur la preuve. Celui-ci peut ainsi aménager le fardeau de la preuve et la force probante des preuves. Mais, le contrat sur la preuve peut être considéré comme une clause abusive ou conduire à dissimuler un vice du consentement.

Sur le second point relatif aux sanctions, il faut noter que le manquement à une obligation d'information peut être sanctionné légalement ou conventionnellement. Sur le plan légal, il y a deux sanctions possibles. Premièrement, il y a l'allocation de dommages et intérêts. Pour la mise en œuvre de cette sanction, il faut obligatoirement un manquement à une obligation d'information précontractuelle. Le créancier doit subir un dommage et enfin il faut un lien de causalité entre le manquement à l'obligation d'information et le dommage subi par le créancier. Si ces conditions sont réunies, le préjudice devient réparable et porte en principe sur la perte de chance. Mais, la jurisprudence est instable sur la chance réparable si la victime fait le choix de

ne pas demander la nullité du contrat. Aussi, la réparation de la perte de chance rencontre beaucoup de difficultés techniques. Ce qui a conduit à penser que le préjudice d'impréparation peut dans certaines situations se substituer à elle.

Deuxièmement, le manquement à une obligation d'information précontractuelle peut entraîner la nullité du contrat. Mais, seul le manquement à l'obligation d'information ayant entraîné un vice du consentement est une cause de nullité du contrat. Toutefois, on peut soutenir que le simple manquement à une obligation d'information d'ordre public devrait pouvoir entraîner la nullité du contrat. Si la nullité est reconnue, elle conduit à l'anéantissement du contrat.

Quant aux sanctions conventionnelles, il s'agit de la clause de force obligatoire de l'information et de la clause de rétractation. Sur la première, il faut noter qu'elle permet de pallier les insuffisances des sanctions légales du manquement à une obligation d'information précontractuelle. Elle oblige le débiteur d'une obligation d'information d'exécuter l'information erronée qu'il a transmise au créancier. Toutefois, la clause de force obligatoire de l'information doit observer un certain nombre de conditions pour qu'elle puisse être efficace. Le juge reconnaît déjà la force obligatoire de l'information, la validité de celle-ci ne devrait pas causer de difficulté. Sur la seconde clause de rétractation, elle est une inspiration du droit de la rétractation qui est consacré dans certains contrats et son déclenchement permet d'anéantir le contrat sans passer par le juge. Pour sa validité, elle doit respecter un certain nombre de conditions pour qu'elle puisse produire efficacement ses effets.

CONCLUSION DU TITRE II

L'étude du régime des obligations d'information de droit commun porte sur trois points. Le premier point concerne l'ordre public. Celui-ci est omniprésent dans les obligations d'information de droit commun. Dans l'obligation d'information explicite, l'ordre public découle de son caractère impératif. Celui-ci interdit aux parties de limiter ou d'exclure l'obligation d'information de leur rapport contractuel. Dans les obligations d'information implicite, l'ordre public se manifeste différemment. Dans la dissimulation intentionnelle, l'ordre public est symbolisé par sa sanction, notamment la nullité du contrat. Quant à la bonne foi, l'ordre public interdit d'agir de mauvaise foi. Ce caractère d'ordre public des obligations d'information en droit commun n'a pas d'incidence sur ses applications dans le temps. En effet, il n'est pas possible d'appliquer immédiatement les nouvelles obligations d'information en se fondant sur la théorie des effets légaux du contrat et l'ordre public impérieux. Toutefois, il est possible de penser que dans certains cas les obligations d'information de droit commun peuvent s'appliquer à des contrats en cours. En effet, il est possible pour le juge d'interpréter le droit ancien à la lumière du droit nouveau ou encore pour le juge de moduler dans le temps les effets d'une règle nouvelle. Mais, ce n'est pas parce que les obligations d'information précontractuelle sont d'ordre public que les parties ne peuvent renoncer à celles-ci dans leur contrat. De même, l'ordre public n'interdit pas aux parties d'aménager l'obligation d'information précontractuelle. Les parties peuvent intensifier ou expliciter l'obligation d'information.

Le second point du régime des obligations d'information de droit commun concerne la preuve. En effet, en matière d'obligation générale d'information, la charge de la preuve varie selon qu'il s'agit de prouver l'existence de l'obligation ou l'exécution de celle-ci. S'il s'agit de prouver l'existence d'une obligation d'information précontractuelle, la charge de la preuve pèse sur le créancier alors que s'il s'agit d'établir l'exécution d'une obligation d'information, la charge de la preuve pèse sur le débiteur. Quant à l'objet de la preuve, dans l'obligation d'information explicite, celui-ci porte sur le caractère déterminant de l'information, la connaissance de l'information par le débiteur et l'ignorance de celle-ci par le créancier ou la confiance du créancier au débiteur. Quant aux obligations d'information implicite, l'objet de la preuve porte sur le caractère déterminant de l'information manquée et l'intention de tromper. Pour ce qui est de l'administration de la preuve, celle-ci est libre. Mais cette liberté n'empêche pas les parties de passer un contrat sur la preuve.

Le troisième et dernier point du régime des obligations d'information de droit commun concerne les sanctions. En effet, en cas de manquement à une obligation d'information

précontractuelle, des sanctions légales et conventionnelles sont possibles. Le législateur français prévoit qu'en cas de manquement à une obligation d'information précontractuelle, deux sanctions sont possibles. Il s'agit d'une part de l'allocation de dommages et intérêts et d'autre part de la nullité du contrat. Sur la première sanction, elle n'est possible que s'il y a un manquement à une obligation d'information précontractuelle, un dommage et un lien de causalité entre la faute commise et le dommage subi. Si ces conditions sont remplies, le préjudice réparable porte sur la perte de chance. Sur la nullité du contrat, il faut noter que seul le manquement à l'obligation d'information ayant entraîné un vice du consentement est cause de nullité. Quant aux sanctions contractuelles, elles peuvent consister en une clause de force obligatoire de l'obligation d'information précontractuelle. Elles peuvent aussi passer par une clause de rétractation.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

L'étude des obligations d'information de droit commun a permis de démontrer leurs natures et leurs régimes juridiques. Il existe, en effet, deux formes d'obligation d'information : une explicite et deux implicites. La première se rapporte à l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil. Elle se scinde en obligation d'informer et en obligation de s'informer. Pour être redevable d'une obligation d'informer, il faut nécessairement connaître une information déterminante pour le consentement de l'autre partie. Mais, cela veut dire que le débiteur est tenu de s'informer pour informer. Quant au bénéficiaire de l'obligation d'informer, il doit ignorer légitimement l'information déterminante ou faire confiance à son cocontractant. Mais, dans le respect de ces conditions, il semble y avoir une contradiction. C'est pourquoi seule l'ignorance légitime du créancier doit être exigée. Par ailleurs, l'information elle-même doit être déterminante, c'est-à-dire avoir un lien direct et nécessaire soit avec le contenu du contrat soit avec la qualité des parties. Tout en sachant que la notion de contenu du contrat renvoie aux anciennes notions de cause et d'objet du contrat ; alors que la qualité des parties renvoie à l'état des personnes ou à l'aptitude d'une partie à fournir une prestation. Dès lors, une information est déterminante si elle a un lien direct et nécessaire avec le but du contrat ou la prestation à fournir. Aussi, une information déterminante a un lien direct et nécessaire avec l'état des personnes ou l'aptitude d'une partie à fournir une prestation. Nonobstant ces éclaircissements, la notion d'information déterminante comporte encore des zones d'ombre. Elle n'est pas que le but du contrat, la prestation à fournir et tout l'état des personnes. Aussi, des informations non déterminantes pour le consentement peuvent intéresser les parties. Dès lors, pour faire face à ces difficultés, les parties doivent pouvoir définir, à travers une clause, leurs informations déterminantes en supprimant la présomption posée par le législateur.

Le deuxième volet de l'obligation d'information explicite est l'obligation de s'informer. En effet, le créancier de l'obligation d'information est obligé de se renseigner si l'information est de notoriété publique ou s'il ne fait pas confiance à son débiteur. Par ailleurs, le créancier est obligé de s'informer si son cocontractant ne connaît pas l'information déterminante. En outre, il n'y a d'obligation d'information que si celle-ci se rapporte à la valeur de la prestation. Quant aux obligations d'information implicite, elles sont au nombre de deux. Il s'agit de l'interdiction de la dissimulation d'information et de l'exigence de la bonne foi dans la phase précontractuelle. Sur la première, il faut noter que l'obligation d'information découlant de l'interdiction de la dissimulation est intentionnelle et autonome de l'obligation d'information prévue par les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. En effet, l'intention de tromper est

une condition *sine qua non* de cette obligation d'information. De même, il y a une différence dans l'appréciation du caractère déterminant de l'information entre les deux obligations d'information précontractuelle. Elle est ainsi une obligation d'information implicite autonome des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. Dès lors, avec cette obligation d'information implicite, les simples motifs du contrat peuvent être considérés comme des informations déterminantes. Il en est de même du changement de circonstance prévisible au moment de la conclusion du contrat. Aussi, il y a obligation d'information sur le fondement de la dissimulation intentionnelle même si l'ignorance de la victime est illégitime. Sur l'exigence de la bonne foi, il faut noter qu'elle impose de délivrer à son cocontractant des informations déterminantes pour le consentement. Négativement, la bonne foi impose de ne pas trahir, de ne pas dissimuler ou de ne pas faire preuve de duplicité. Dès lors, la bonne foi impose au contractant de connaître une information de la révéler à son cocontractant. Aussi, la bonne foi peut imposer aux contractants de renseigner la valeur des prestations.

Sur le régime juridique des obligations d'information précontractuelle, il faut noter que toutes les obligations d'information sont d'ordre public. Dans l'obligation d'information explicite, l'ordre public découle du caractère impératif de l'article 1112-1 du Code civil qui interdit aux parties de limiter ou d'exclure celle-ci. Dans l'obligation d'information découlant de l'interdiction de la dissimulation intentionnelle, l'ordre public est matérialisé par la sanction ou la pratique contractuelle. Quant à l'ordre public dans la bonne foi, celui-ci découle de l'impossibilité pour une partie de se ménager le droit d'agir de mauvaise foi. Toutefois, ce n'est pas parce que les dispositions relatives aux obligations d'information de droit commun sont d'ordre public qu'elles sont d'application immédiate. Mais, le juge peut interpréter le droit ancien à la lumière du droit nouveau en modulant ainsi ses effets. Sur le plan interne, le juge ne peut pas relever d'office le manquement d'un devoir d'information ou une dissimulation intentionnelle alors que le doute est permis pour la bonne foi. Sur le plan international, les obligations d'information de droit commun ne sont pas *a priori* des lois de police ou des lois d'ordre public international. Toutefois, l'omniprésence de l'ordre public dans les obligations d'information précontractuelle n'est pas absolue. Le créancier de l'obligation d'information peut en effet renoncer à son droit à l'information précontractuelle. En outre, les parties peuvent aussi ménager l'obligation d'information. Les parties peuvent se soumettre à plus d'obligations d'information que celles qui sont exigées par la loi sur la base d'une clause. Les parties peuvent se délivrer spontanément plus d'information que celles qui sont exigées par la loi.

Enfin, le régime juridique des obligations d'information est sa preuve et ses sanctions. Sur la preuve, la charge varie selon qu'il s'agit d'établir l'existence ou l'exécution de l'obligation

d'information. Sur le premier point, la preuve pèse sur le créancier dans toutes les obligations d'information. Alors que, sur le second point, la preuve pèse sur le débiteur dans l'obligation d'information explicite et sur le créancier dans les obligations d'information implicite. Sur l'objet de la preuve de l'existence de l'obligation d'information, il porte sur le caractère déterminant de l'information, la connaissance de l'information par le débiteur et l'ignorance de celle-ci par le créancier ou la confiance du créancier au débiteur dans l'obligation d'information explicite. Alors que, dans les obligations d'information implicite, il porte sur le caractère déterminant de l'information manquée et l'intention de tromper. En outre, la preuve est libre en matière d'obligation d'information précontractuelle. Les parties peuvent donc tout à fait passer des contrats sur la preuve. Quant aux sanctions, elles sont légales et conventionnelles. Le législateur français sanctionne le manquement à une obligation d'information précontractuelle soit par l'allocation de dommages et intérêts, soit par la nullité du contrat. Sur l'allocation de dommages et intérêts, il faut nécessairement qu'il y ait un manquement à une obligation d'information précontractuelle, un dommage et un lien de causalité entre le manquement et le dommage. Si ces conditions sont réunies, la victime peut demander la réparation de la chance qu'elle a perdu du fait du silence de son cocontractant. Sur la nullité, il faut que le manquement puisse entraîner un vice du consentement. Enfin, quant aux sanctions contractuelles, elles correspondent à la clause de force obligatoire de l'information et à la clause de rétractation. Ces clauses permettent de pallier les insuffisances des sanctions légales du manquement à une obligation d'information précontractuelle.

Maintenant que l'on connaît les nouveaux visages de l'obligation d'information en droit commun des contrats, essayons d'articuler ceux-ci avec les obligations spéciales d'information.

PARTIE II : LES NOUVEAUX CHAMPS DE L'OBLIGATION D'INFORMATION

Avant la réforme du droit des contrats, les droits spéciaux avaient le privilège d'être plus jeunes et plus dynamiques que le droit commun des contrats. Ces caractéristiques ont jadis permis aux règles spéciales d'influencer fortement les vieillissantes règles du Code civil[867]. Mais aujourd'hui, les tendances sont renversées, le droit commun est devenu plus jeune et plus souple que les droits spéciaux surtout en matière d'obligation d'information précontractuelle.

Dès lors, il se pose la question de l'articulation des obligations spéciales d'information précontractuelle avec les obligations d'information de droit commun. À ce titre, l'article 1105 du Code civil prévoit que les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis aux règles du droit commun des contrats. Ce qui veut dire que les obligations d'information de droit commun peuvent s'appliquer en droit spécial nonobstant l'existence d'obligations spéciales d'information.

Toutefois, pour comprendre l'impact des obligations d'information de droit commun en droit spécial, l'accent sera mis particulièrement sur l'articulation des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil avec certaines obligations spéciales d'information, notamment en droit de la distribution, en droit de la consommation, en droit des assurances, en droit des sociétés et en droit bancaire.

Ainsi, en appliquant les obligations d'information du droit commun en droit spécial, il est possible de relever deux principaux impacts. D'une part, elles peuvent renforcer les obligations spéciales d'information sur plusieurs points (Titre I). D'autre part, il existe des cas où l'application des obligations d'information de droit commun en droit spécial peut conduire à des conflits de normes (Titre II).

[867] A. Riéra, « L'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de distribution après la réforme du droit des contrats », *art. cit.,* p. 155

TITRE I : LES COMPLÉMENTARITÉS ENTRE DROIT COMMUN ET DROITS SPÉCIAUX

Depuis la réforme du droit des contrats, le droit spécial ne doit plus être regardé comme un ordre juridique dérogatoire au droit commun, mais plutôt comme sa source[868] surtout si l'on s'intéresse à l'articulation des obligations d'information de droit commun avec les obligations spéciales d'information. Mais le champ d'application du droit commun paraît plus large que celui des droits spéciaux. Ainsi, en essayant d'articuler ces obligations d'information de droit commun, on peut constater que ces dernières pourront compléter l'étendue des obligations spéciales d'information (Chapitre I).

Mais, en s'intéressant à l'articulation du régime juridique des obligations d'information de droit commun avec les obligations spéciales d'information, on se rend compte que nonobstant le silence des droits spéciaux, le régime reste presque le même. Mais, celui des obligations spéciales d'information a plus souvent un fondement jurisprudentiel. C'est pourquoi avec l'articulation, les obligations d'information de droit commun viendront consolider le régime juridique des obligations spéciales d'information (Chapitre II).

[868] E. Claudel, « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (Commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) », *RTD com*., 2016, p. 460

CHAPITRE I : LE RENFORCEMENT DU DOMAINE DES OBLIGATIONS SPÉCIALES D'INFORMATION

L'article 1105 du Code civil *in fine* précise que le droit commun des contrats s'applique sous réserve des règles particulières. Cette disposition permet ainsi au créancier d'une obligation spéciale d'information de revendiquer l'application des obligations d'information de droit commun lorsque celles-ci ne contreviennent pas à la règle spéciale. Cette condition se vérifie facilement lorsque les deux devoirs d'information peuvent se compléter. Dès lors, l'objet de ce chapitre est de démontrer que les obligations spéciales d'information et les obligations d'information de droit commun peuvent se compléter, aussi bien sur l'obligation d'informer (Section 2) que sur l'obligation de s'informer (Section 2). Toutefois, la mise en œuvre de cette articulation n'est pas évidente. Elle nécessite une analyse approfondie des obligations d'information afin de déterminer leurs insuffisances avant de démontrer comment les obligations d'information de droit commun pourraient combler ces manquements.

Section I : Les renforcements de l'obligation d'informer

L'obligation d'informer oblige les débiteurs de l'obligation d'information précontractuelle de renseigner leurs cocontractants avant que ceux-ci ne donnent leur consentement définitif à la conclusion du contrat. La complémentarité des obligations d'information sur ce point consiste à obliger le débiteur d'une obligation spéciale d'information précontractuelle à renseigner son cocontractant sur un fait qu'il n'était pas tenu de lui livrer. L'obligation d'information de droit commun vient dès lors renforcer l'obligation d'information spéciale. Ainsi, pour mieux appréhender ce renforcement des obligations spéciales d'information par le droit commun, il faut s'intéresser aux obligations d'information régissant les contrats d'affaires (§1) et aux obligations d'information consumériste (§2).

§1 : Le renforcement des obligations d'information dans les contrats d'affaires

L'existence d'obligations d'information en droit commun des contrats va forcément impacter la plupart des contrats d'affaires. L'avènement de l'article 1112-1 du Code civil ne peut être

que salutaire en droit des contrats d'affaires[869]. Mais, l'impact positif du droit commun est plus visible en droit des sociétés (B) et en droit de la distribution (A).

A. Le renforcement de l'obligation d'information dans les contrats de distribution

L'obligation d'information en droit de la distribution a pour fondement l'article L.330-3 du Code de commerce. Cette disposition est issue de la loi Doubin du 13 décembre 1989. En effet, après l'explosion de la franchise dans les années 1980, beaucoup de franchisés s'étaient retrouvés dans des difficultés à cause d'un manque d'information lors de la conclusion du contrat[870]. C'est pour pallier ces manques d'information que la loi Doubin a été adoptée. Dès lors, toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un droit incorporel en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité est tenue de lui remettre un document d'information précontractuelle avant la conclusion du contrat.

La lecture de l'article L.330-3 du Code de commerce laisse penser que tous les contrats de distribution sont concernés par cette obligation d'information, ce qui n'est pas le cas. Il y a des contrats de distribution qui ne rentrent pas dans le cadre défini par la loi Doubin. Mais avec les obligations d'information du droit commun des contrats, il est possible d'exiger le respect de l'obligation d'information dans tous les contrats de distribution (1). De même, l'article R.330-1 du Code de commerce[871], qui donne la liste des informations déterminantes, peut voir son champ d'application amplifié sous l'effet des obligations d'information de droit commun (2).

1. L'extension de l'obligation d'information à tous les contrats de distribution

[869] M. Faure-Abbad, « L'impact des règles de conclusion des contrats », in *L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction et de l'immobilier*, RDI 2016 p. 316 ; C. Sizaire, « De la liberté contractuelle a l'intervention du juge — Libres propos sur l'impact de la réforme du droit des contrats, issue de l'ordonnance du 10 février 2010 », *Constr. — Urb.* n° 11, 2016, repère 10 ; F. Grua, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, *op. cit.* §42

[870] J-M. Leloup, *La franchise, droit et pratique*, Delmas, 4e éd., 2004, § 902 ; N. Dissaux, « L'obligation d'information mise à la charge du franchiseur », in Information, mise en garde, compétence, etc. Toujours plus d'informations à la charge du professionnel, colloque ; Paris, 2011, *RDC* 2012, n° 3, p. 1072 ; F. Buy, M. Lamoureux, J-C. Roda, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2019, §84 ; D. Ferrier, N. Ferrier, *Droit de la distribution, op. cit.,* §620

[871] J. — M. Leloup, « Les rapports juridiques dans le contrat de franchise : analyse du contrat de franchise », in *Aspect Juridiques de la franchise, litec*, 1998, p. 20 ; G. Blanc, « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », *D*., 1993, p. 218

L'article L.330-3 du Code de commerce prévoit que toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, doit lui fournir préalablement à la signature du contrat un document donnant des informations sincères, qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause. En dehors des contrats remplissant ces deux critères[872], la mise à disposition[873] et l'engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité[874], il n'y a point d'obligation d'information. Toutefois, avec les obligations d'information du droit commun des contrats, il est tout à fait possible d'étendre l'application de l'obligation d'information à tous les contrats de distribution.

169. L'extension de l'obligation d'information aux contrats de distribution dépourvus d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. L'exclusivité ou la quasi-exclusivité visée par l'article L.330-3 du Code de commerce doit s'apprécier par rapport aux produits qui sont distribués par le distributeur[875]. Selon la conception retenue de la notion d'exclusivité, le champ d'application de la loi Doubin varie[876]. En effet, si l'engagement d'exclusivité vise tous les produits du distributeur, la loi Doubin s'applique. Mais, lorsque la notion d'exclusivité n'interdit pas le distributeur à commercialiser d'autre produit, la loi Doubin ne s'applique que si l'activité couverte par l'exclusivité représente une part très importante du chiffre d'affaires du distributeur. Une partie de la doctrine évalue cette part à hauteur de 80% du chiffre d'affaires[877]. En deçà, le contrat de distribution ne sera pas quasi exclusif, empêchant ainsi toute application

---

[872] G. Blanc, « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », *art. cit., p. 218* ; *adde :* CA paris, 17 février 1992, contrats, conc, consom. 1982 ; concurrence n° 52 obs. Vogel ; La cour de cassation a renouvelé le 7 octobre 1997 que « le contrat de concession exclusive ne constitue pas un mandat d'intérêt commun », JCP E. 1998, p. 618, obs. L. Leveneur ;

[873] H. Bensoussan, *Le droit de la franchise*, Editions Apogée, 1997, p. 32

[874] D. Ferrier, N. Ferrier, *Droit de la distribution, op. cit.,* §621 ; L. Vogel ; J. Vogel, *Les fondamentaux du droit de la distribution*, Bruylant, 2020, p. 54 ; L. Vogel ; J. Vogel, *Droit économique en 500 conseils : Concurrence Distribution Consommation*, Bruylant, 2020, p. 642 ; L. Vogel ; J. Vogel*, Droit de la distribution exclusive*, Bruylant, 2016, p. 9 et s. ; ; L. Vogel ; J. Vogel, *Droit de la franchise*, Bruylant, 2020, §45 ; L. Vogel, *Du Droit commercial au Droit économique*, in *Traité de droit des affaires*, T.1, 21e éd., LGDJ, 2020, § 138

[875] F. Buy, M. Lamoureux, J-C. Roda, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, §84 ; L. Vogel (sous dir), *La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats : États-Unis, Union européenne, France, Allemagne, Italie,* Éd. Panthéon Assas, 2011, §104 ; J. -M. Leloup, La franchise, droit et pratique, Delmas, *op. cit.,* § 913 ; Cl. Dias, *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps,* préf., I. Urbain-Parléani, PUAM, 2014, §39 et s. ; *adde :* Cass. com. 19 janvier 2010, n° 09-10.980, JCP E, 2010, 1348, p. 23, obs. G. Toulouse

[876] A. Mendoza-Caminada, *Droit de la distribution*, Montchrestion, 2011, §428

[877] G. Blanc, « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », *art. cit.* p. 218 ; G. Virassamy, « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (article 1er) », *JCP E*, n° 25, 1990, p. 15809

de la loi Doubin. Ce seuil n'étant pas validé par la jurisprudence, pour prouver la quasi-exclusivité, le distributeur doit démontrer qu'il est dépendant économiquement de son fournisseur[878]. Les faibles dépendances ne peuvent pas entraîner la qualification de quasi-exclusivité et donc l'application de la loi Doubin[879].

Toutefois, cette exclusivité ou quasi-exclusivité est impossible dans certains contrats de distribution, notamment les contrats de distribution sélective[880] et les contrats de référencement[881]. En effet, le contrat de distribution sélective est « un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés »[882]. Dans ce type de contrat, on n'a pas d'exclusivité d'approvisionnement ni d'exclusivité territoriale[883]. La même remarque peut être faite avec le contrat de référencement où il n'y a aucune exclusivité de vente entre la centrale d'achat et les fournisseurs[884]. Ce qui veut dire que dans les contrats de distribution sélective et les contrats de référencement, le fournisseur n'est pas tenu d'informer le distributeur sur tous les éléments qui sont prévus par l'article R.330-1 du Code de commerce. De même, la loi Doubin n'est pas applicable lorsque c'est le distributeur qui se soumet spontanément et de manière exclusive ou quasi exclusive au fournisseur, celle-ci n'étant applicable que si l'exclusivité est exigée par le fournisseur[885].

Cependant, ces carences de la loi Doubin peuvent être comblées par les nouvelles obligations d'information du droit commun des contrats[886]. Ces dernières peuvent s'appliquer dans tous les

---

878 Cass. soc., 22 mars 2006, n° 04-43.788 ; Cass. soc., 22 mars 2006, n° 04-43.343

879 N. Eréséo, « La clause d'exclusivité », JCl Concurrence–Consommation, Fasc. 635, avril 2016, § 27 et s., *adde :* Ont été qualifié d'absence de quasi-exclusivité : la dépendance à hauteur de 60 % (Cass. soc., 19 mars 1981, n° 78-16.304 : Bull. civ. V, n° 246) ; ou encore à dépendance à hauteur de 63 % (Cass. soc., 11 oct. 2000, n° 99-10.922, Paquin c/Sté Prodim)

880 J- B Blaise, R. Desgorces, *Droit des affaires : Commerçants, Concurrence, Distribution,* 11e éd., LGDJ, 2021, §1099 ; A. Riéra, « L'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de distribution après la réforme du droit des contrats », *art. cit.*, p. 155; G. Blanc, « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », *art. cit.,* p. 218

881 G. Blanc, « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », *loc. cit.*

882 Art. 1er § 1, e) du Règl. n° 330/2010/UE du 20 avril 2010, relatif aux accords verticaux.

883 F. Buy, M. Lamoureux, J-C. Roda, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, §65 ; L. Vogel ; J. Vogel, *Droit de la distribution sélective*, Bruylant, 2016, p. 9 et s.

884 A. Mendoza-Caminada, *Droit de la distribution, op. cit.,* §604 et sui. ; F. Buy, M. Lamoureux, J-C. Roda, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, §184

885 G. Blanc, « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », *art. cit.*, p. 218

886 L. Vogel (L.) ; J. Vogel, *Droit économique en 500 conseils : Concurrence Distribution Consommation*, *op. cit*, §306

contrats de distribution sans tenir compte de l'existence ou non d'une exclusivité ou quasi-exclusivité dans les rapports de distribution. En effet, dans un arrêt de la Cour d'appel de Reims, il a été jugé qu'« aucune disposition du Code de commerce ne prévoyant de règles dérogatoires, cette obligation légale (art. 1112-1 du Code civil) de portée générale applicable à tous les contrats de quelque nature que ce soit »[887]. Dès lors, chacune des parties dans un contrat de distribution est obligée de renseigner son cocontractant sur les faits qui sont déterminants pour le consentement de son cocontractant dès l'instant que ce dernier ignore l'information. D'ailleurs, la Cour d'appel de Douai a jugé dans son arrêt du 14 novembre 2019 qu'un contrat d'adhésion entre dans le champ d'application de la loi Doubin même si les parties avaient prévu dans leur contrat que « l'engagement d'exclusivité n'est pas accordé par l'adhérent à l'entité qui lui accorde le droit à l'enseigne »[888]. L'obligation d'information en droit de la distribution devient donc plus intense. Par ailleurs, le distributeur est obligé aussi de renseigner le fournisseur sur tous les faits qui peuvent intéresser le consentement de ce dernier, notamment son expérience professionnelle[889].

170. L'extension de l'obligation d'information aux contrats de distribution de bières. La soumission des contrats de bière aux dispositions de l'article L.330-3 du Code de commerce avait fait l'objet de débat au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi Doubin. Le législateur, n'ayant pas résolu la question, il est revenu à la doctrine et à la jurisprudence de préciser la soumission des contrats de bière à l'obligation d'information précontractuelle mise en place par la loi Doubin. Ainsi, une partie de la doctrine avait laissé entendre que les contrats de bière ne pouvaient pas échapper à la loi Doubin[890]. Pour soutenir cette idée, la doctrine avait fait une interprétation extensive des conditions d'application de la loi Doubin[891]. Elle considérait par exemple que les conditions de la mise à disposition et d'exclusivité ou de quasi-exclusivité, qui étaient les plus discutées, pouvaient être vérifiées dans ces contrats. En effet, selon cette doctrine, dans les contrats de bière, les brasseurs remettent généralement des objets publicitaires aux débitants, comme leur nom commercial, enseigne ou marque, que ces derniers doivent

---

[887] CA Reims, 1re ch. sect. civ., 24 mai 2022, n° 21/00320, toutefois dans une affaire similaire rendu par la même Cour d'appel le 30 mars 2021, l'arrêt a été cassé par la Cour de cassation, v° : Cass. com. 5 avril 2023/n° 21-17.319

[888] CA Douai, 2e ch., sect. 01, 14 novembre 2019, n° 17/07137

[889] F-L. Simon, *Théorie et Pratique du droit de la franchise, op. cit.,* § 193 ; A. Riéra, « L'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de distribution après la réforme du droit des contrats », *art. cit.*, p. 155

[890] G. Blanc, « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », *art. cit.*, p. 218

[891] P. Lutz, M.-P. Wagner, « Pourquoi la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de bière », *D*. 2001, p. 1708

restituer à la fin du contrat. Cette mise à disposition d'objet publicitaire suffisait ainsi pour faire constater la première condition d'application de la loi Doubin. Toujours, selon cette doctrine, la condition d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pouvait aussi se vérifier dans les contrats de bière. Elle s'appuie sur le fait que généralement le débitant s'engage à se fournir auprès d'un même fournisseur pour des quantités bien définies. Mais, cette lecture extensive du domaine de l'article L.330-3 du Code de commerce n'est pas partagée par toute la doctrine. En effet, une partie des auteurs estime qu'il ne peut pas y avoir de mise à disposition ni d'exclusivité ou de quasi-exclusivité dans un contrat de bière[892]. Sur la mise à disposition, cette doctrine fait remarquer que la mise à disposition dont il est question dans les contrats de bière n'est pas celle visée par l'article L.330-3 du Code de commerce. Elle appelle à distinguer la mise à disposition portant sur un droit incorporel, comme le nom commercial, l'enseigne ou la marque, qui attirent la clientèle, et la mise à disposition d'un objet corporel, comme les panonceaux d'un nom commercial, d'une enseigne ou d'une marque, qui n'attirent pas la clientèle. Parmi ces deux mises à disposition, seule la première est visée par la loi Doubin. Or, le contrat de bière n'est concerné que par la seconde mise à disposition. Ce qui l'exclut du champ d'application de la loi Doubin. Sur l'absence d'exclusivité ou de quasi-exclusivité, cette même doctrine fait remarquer que même si les débitants de boisson sont engagés en général à se fournir quasi exclusivement auprès d'un fournisseur, force est de constater que les débitants sont généralement des exploitants de café ou de restaurant, donc la plus grande partie de leur chiffre d'affaires ne provient pas de la vente de boisson[893].

C'est cette dernière position de la doctrine que la jurisprudence s'est alignée. En effet, la jurisprudence estime depuis très longtemps que la mise à disposition d'objet publicitaire dans un contrat de distribution de bière ne peut pas être considérée comme une mise à disposition au sens de l'article L.330-3 du Code de commerce[894]. Donc, ce qui veut dire que l'obligation

[892] P. Lutz, M. -P. Wagner, « Pourquoi la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de bière », *art. cit.,* p. 1708.

[893] N. Éréséo, note sous CA Reims, 7 juin 2016, n° 14/02970, « Approvisionnement exclusif : la cour d'appel de Reims confirme l'inapplicabilité de la loi dite "Doubin" (c. com., art. l. 330-3) aux contrats de bière (Ardenne boisson) », *Concurrences*, n° 4, 2016 ; P. Lutz, M. -P. Wagner, « Pourquoi la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de bière », *art. cit.,* p. 1708 ; Th. Lambert, « Le contentieux du contrat de bière : vers un accord cadre de plus en plus sûr », *JCP E*, n° 1, 2018, p. 1001

[894] CA Douai, 2e ch., sect. 01, 26 janvier 2017/n° 15/07130 ; CA Reims, 7 juin 2016/n° 14/02970 ; CA Montpellier, 17 février 2015, n° 14/01926, Concurrences n° 2-2015, p. 110, obs. N. Eréséo ; CA Aix-en-Provence, 28 mai 2004, JurisData n° 2004-247799 ; CA Nancy, 5 novembre 2002 : JurisData n° 2002-221770 ; CA Montpellier, 11 décembre 2001, JurisData n° 2001-176695 ; CA Pau, 23 mai 2001, JurisData n° 2001-144005.

d'information mise en place par la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de distribution de bière.

Désormais, avec l'avènement des nouvelles obligations d'information du droit commun des contrats, l'obligation d'information doit être respectée dans tous les contrats de distribution de bière. Le brasseur est obligé dès lors de renseigner le débitant sur les informations déterminantes qui intéressent son consentement à condition qu'il ignore ces informations ou lui fasse légitimement confiance. Le renforcement de l'obligation d'information du droit de la distribution par le droit commun ne s'arrête pas là, celui-ci élargit aussi le quantum des informations à délivrer.

2. L'extension de l'obligation d'information à toutes les informations déterminantes

On sait que l'obligation d'information de la loi Doubin vise à renseigner le créancier sur le passé, le présent et l'avenir du concept mis à la disposition d'une personne[895]. Mais la « pauvre loi Doubin » [896] semble aujourd'hui obsolète[897], et se caractérise de plus en plus par ses insuffisances[898]. Les obligations d'information précontractuelle du droit commun peuvent aujourd'hui combler les lacunes de la loi Doubin en ne limitant pas la quantité d'information à délivrer par rapport aux dispositions de l'article R.330-1 du Code de commerce. C'est dans ce sens qu'il sera possible par exemple d'obliger le débiteur à délivrer les résultats des deux dernières années de tous les points de vente de ses clients ou encore de renseigner le débiteur sur les causes de la rupture de ses précédents contrats. Avant d'approfondir ces deux points, il faut relever que récemment la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a jugé que « si la clause d'exclusivité territoriale n'est pas de l'essence même du contrat de franchise et doit être compatible avec les règles de libre concurrence, il n'en demeure pas moins que chaque contractant est tenu d'une obligation d'information et de loyauté s'agissant d'éléments que l'autre partie ignore conformément à l'article 1112-1 du Code civil. De surcroît, les informations relatives à la clause d'exclusivité d'implantation revêtaient une importance primordiale dans le

[895] D. Ferrier, « L'information du candidat à la franchise, loi "Doubin" : bilan et perspectives », in, *La protection du franchisé au début du XXIe siècle : entre réalité et illusions*, N. Dissaux, R. Loir (sous dir.), *art. cit.*, p. 77

[896] N. Dissaux, « Pauvre "loi Doubin"… » *JCP E,* n° 16-17, 2016, p. 1235

[897] A. Riéra, « L'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de distribution après la réforme du droit des contrats », *art. cit.* p.155

[898] N. Dissaux, R. Loir, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, §466 et sui.

processus de décision de M. [N] [C] … »[899]. L'article 1112-1 du Code civil étend ainsi nécessairement le champ des informations à fournir en droit de la distribution.

171. L'obligation pour le fournisseur de délivrer les résultats des deux dernières années d'un point de vente comparable à celui envisagé par le distributeur. Il ressort des dispositions de l'article R.330-1 du Code de commerce que le fournisseur doit, avant la conclusion du contrat, fournir au distributeur ses comptes annuels des trois derniers exercices[900]. Cette information permet au distributeur d'évaluer la rentabilité du réseau dans lequel il entend s'inscrire. Toutefois, il faut remarquer que ces informations ne reflètent pas les comptes d'un point de vente similaire à celui qu'entend lancer le distributeur[901]. Elles symbolisent le chiffre d'affaires du fournisseur qui peut être composé en plus des revenus de ventes ou de prestations de services, de redevances[902]. Ce qui fausse en réalité les appréhensions du distributeur sur la rentabilité du réseau de distribution[903]. Or, l'objectif de la loi Doubin est de protéger les distributeurs contre les agissements vicieux des fournisseurs. Les seuls comptes du fournisseur ne peuvent pas éclairer suffisamment le distributeur sur la fiabilité du réseau. Au contraire, ils peuvent l'induire en erreur en donnant une fausse appréciation de la réalité économique du réseau de distribution. Or, une appréciation économique erronée de la prestation n'est pas une erreur excusable pouvant entraîner la nullité du contrat[904]. Le mieux serait de mettre entre les mains du distributeur les résultats d'un point de vente semblable à son activité[905]. Seuls ces comptes peuvent être déterminants, dans le bon sens, pour le consentement du distributeur. La similitude du projet de distribution à un point de vente déjà existant offre une meilleure lisibilité du réseau. Toutefois, pour l'instant, on n'en est pas là. Le fournisseur n'est pas obligé de troquer ses comptes contre ceux d'un point de vente similaire pour assurer une meilleure information au distributeur.

Mais, avec l'avènement des obligations d'information précontractuelle du droit commun des contrats, le distributeur peut exiger que le fournisseur lui délivre, en plus des informations relatives à ses comptes des deux derniers exercices, les résultats d'un point de vente semblable

[899] CA Aix-en-Provence, Ch. 3-1, 1 décembre 2022, n° 19/11418

[900] N. Dissaux, « Le document d'information contractuel », suppl. RLDA 2012/73, 2012, n° 4177

[901] N. Dissaux, « Pauvre "loi Doubin"… », *art. cit.,* p. 1235

[902] N. Dissaux, « Pauvre "loi Doubin"… », *loc. cit.*

[903] N. Dissaux, « L'obligation d'information mise à la charge du franchiseur », in Information, mise en garde, compétence, etc. Toujours plus d'informations à la charge du professionnel, colloque ; Paris, 2011, *art. cit.*, p. 1072

[904] Art. 1136 c. civ. *adde :* Cass. Com., 26 mars 1974, n° 72-14.791.

[905] N. Dissaux, « Pauvre "loi Doubin"… », *art. cit.,* p. 1235

à l'activité qu'il entend mettre en place[906]. Le droit commun viendrait ainsi combler une carence de l'obligation d'information du droit de la distribution sur la quantité et la qualité des informations à délivrer au distributeur avant la signature du contrat. L'apport des obligations d'information du droit commun des contrats ne s'arrête pas là. Il est aussi visible sur l'information et sur la rupture des contrats de distribution.

172. L'obligation pour le fournisseur d'informer le distributeur sur les causes de la rupture de ses précédents contrats. L'article R.330-1 du Code de commerce prévoit aussi que le débiteur de l'obligation d'information est tenu de renseigner le créancier « le nombre d'entreprises qui, étant liées au réseau par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée, ont cessé de faire partie du réseau au cours de l'année précédant celle de la délivrance du document ». Au même titre que l'information sur les comptes du fournisseur, cette information sur le nombre de contrats de distribution rompus depuis une année permet au distributeur d'évaluer le réseau de distribution. Elle permet de vérifier l'espérance de vie des contrats de distribution du réseau. Si le nombre de ruptures des contrats sur une année est très important, cela peut dissuader le distributeur à s'engager avec le réseau. Cependant, si le nombre de contrats rompus est négligeable, le distributeur déduira systématiquement que le réseau est fiable et qu'il y a lieu de conclure le contrat avec le réseau. Mais, la principale insuffisance de cette exigence précontractuelle, c'est que l'obligation d'information du fournisseur est uniquement limitée à la délivrance du nombre d'entreprises qui ont rompu leur contrat avec lui[907]. Il n'est pas tenu de révéler au distributeur les principales causes de rupture des contrats. Or, le nombre de contrats rompus n'a pas beaucoup d'importance pour le distributeur si ce dernier ne peut savoir ce qui se cache derrière ces ruptures. La cause de la rupture de chaque contrat est une information déterminante pour le consentement du distributeur. Celle-ci lui permet de savoir si la rupture est due à une faute de gestion des anciens distributeurs ou si elle relève de la responsabilité du fournisseur. Cette information non négligeable permet d'évaluer le comportement du fournisseur avant de s'engager avec lui. Toutefois, à l'état actuel du droit de la distribution, le distributeur qui veut intégrer un réseau de distribution ne peut pas être informé sur les différentes causes de rupture des contrats que son fournisseur avait signés avec d'autres distributeurs.

Toutefois, avec l'instauration de nouvelles obligations d'information précontractuelle en droit commun des contrats, les fournisseurs peuvent aujourd'hui se voir contraindre de délivrer, en

[906] B. Cressard, « Contrat de franchise et bonne foi », *art. cit.*, p. 163

[907] N. Dissaux, « Pauvre "loi Doubin"… », *art. cit.,* p. 1235

plus du nombre de contrats rompus sur une année, les causes de rupture de ces contrats. Le caractère déterminant de cette information n'est pas à discuter, car chaque distributeur aimerait savoir les raisons de l'échec de ses prédécesseurs avant de s'engager dans le réseau.
En définitive, l'articulation des obligations d'information du droit commun des contrats avec l'obligation d'information du droit de la distribution révèle que celle-ci peut être complétée sur plusieurs points par le droit commun. Avec ce dernier, il y a une extension de l'obligation d'information à la fois sur tous les contrats de distribution et sur toutes les informations déterminantes. Il faut s'intéresser maintenant à l'impact des obligations d'information du droit commun en droit des sociétés.

B. Le renforcement de l'obligation d'information en droit des sociétés

Au-delà du droit de la distribution, les nouvelles obligations d'information du droit commun des contrats peuvent avoir un impact positif en droit des sociétés. En effet, l'obligation d'information précontractuelle n'a aucun fondement légal en droit des sociétés. L'intégrité du consentement des parties dans une opération sociétaire est vérifiée à travers les vices du consentement ou du devoir de loyauté[908]. Ce vide juridique peut aujourd'hui être comblé par les nouvelles obligations d'information précontractuelle du Code civil (1). Par ailleurs, avec l'application de celles-ci, l'obligation d'information aura un domaine plus vaste (2).

1. L'extension des fondements de l'obligation d'information en droit des sociétés

Les principaux fondements de la protection du consentement en droit des sociétés sont la bonne foi, avec sa déclinaison : le devoir de loyauté[909], les vices du consentement[910] et les vices cachés[911]. Dès lors, une partie qui veut se prévaloir d'un manquement à une obligation précontractuelle doit forcément passer par l'un de ces éléments. Mais, aujourd'hui, l'obligation

[908] M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés,* 35e éd., LexisNexis, 2022, §411 ; J-J. Caussain, « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit français », *art. cit.*, p. 66 ; K. Grévain-Lemercier, « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux : le retour », Gaz. Pal., 2012, n° I8693, p. 7, spéc. n° 1 ; Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-18221 : Rev. sociétés 2017, p. 493, note K. Deckert ; Cass. com., 12 avr. 2016, n° 14-19200 : Rev. sociétés 2016, p. 509, note K. Deckert
[909] H. Fabre, « Dol, réticence dolosive et devoir d'information dans les cessions de droits sociaux », *art. cit.*, p. 1327
[910] M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés, op. cit.,* §411
[911] H. Fabre, « Dol, réticence dolosive et devoir d'information dans les cessions de droits sociaux », *art. cit.*, p. 1327

d'information en droit des sociétés peut, soit découler des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil sur le devoir général d'information, soit découler des articles 1104 et 1137 du Code civil respectivement sur le devoir de bonne foi et la dissimulation intentionnelle.

173. L'obligation d'information en droit des sociétés peut découler des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. Il résulte des dispositions de l'article 1105 du Code civil que le droit commun s'applique sous réserve de situations particulières. Ainsi, dès l'instant qu'un article du Code civil est compatible avec le droit des sociétés, rien ne s'appose à ce que l'article du Code civil s'applique à des causes relevant du droit des sociétés. Dès lors, on peut affirmer qu'aujourd'hui les nouvelles dispositions de l'article 1112-1 du Code civil peuvent constituer un fondement légal à l'obligation d'information précontractuelle en droit des sociétés[912]. En effet, en droit des sociétés, il n'y a aucune disposition sur l'obligation d'information précontractuelle. Les parties qui désirent ainsi conclure un contrat de cession de titres sociaux n'ont aucune obligation légale à se renseigner mutuellement. Dès lors, une partie qui ne donne pas un consentement libre et éclairé ne peut que se fonder sur d'autres principes contractuels, comme les vices du consentement, la bonne foi ou les vices cachés pour obtenir réparation de son préjudice ou la nullité du contrat. Or, les vices du consentement, la bonne foi et les vices cachés ne sont pas les meilleurs moyens pour protéger les parties dans la phase précontractuelle. En effet, pour obtenir gain de cause au titre d'un vice du consentement, il faut prouver plusieurs faits. Pour le dol par réticence, il faut établir que le cocontractant a manqué à une obligation d'information d'une part et d'autre part établir que ce manquement s'est fait sciemment[913]. La preuve est donc relativement complexe[914]. C'est pourquoi, depuis l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats, il est possible d'obtenir plus facilement réparation pour un préjudice découlant d'un manquement à une obligation d'information sur le fondement des dispositions de l'article 1112-1 que sur les vices du consentement ou encore la bonne foi.

174. L'application des nouvelles dispositions de l'article 1112-1 du Code civil en droit des sociétés présente plus d'intérêt que les autres fondements de l'obligation d'information. En plus d'étendre le champ d'application de l'obligation d'information précontractuelle[915], l'application des nouvelles dispositions de l'article 1112-1 du Code civil permet d'obtenir plus facilement réparation du préjudice subi en cas de manquement à une

[912] H. Fabre, « Dol, réticence dolosive et devoir d'information dans les cessions de droits sociaux », *loc. cit.*, p. 1327
[913] *Supra* §133
[914] *Supra* §134
[915] *Infra* §175 et s.

obligation d'information précontractuelle. Cette facilité peut se vérifier lors de l'établissement de la faute du créancier. En effet, avec le devoir général d'information, le créancier d'une obligation n'établit que l'existence de l'obligation d'information précontractuelle pour obtenir réparation de son préjudice. Il n'est pas tenu de prouver que le manquement commis par le débiteur a été fait dans l'intention de lui nuire. Or, avec les autres fondements, les vices du consentement ou la bonne foi, utilisés jusqu'à la réforme par la jurisprudence, obligent le créancier à établir, en plus de la faute, l'intention de nuire du débiteur. Cette simplicité protège davantage le consentement des parties lors d'une cession de titres sociaux. En outre, avec les nouvelles dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, les négociations en droit des sociétés deviennent plus prévisibles et lisibles qu'avant la réforme. En effet, le devoir d'information illumine les négociations en éclairant le consentement de chacune des parties avant de s'engager. La connaissance préalable des informations déterminantes évite un bon nombre de contentieux liés au consentement.

En définitive, avec les nouvelles dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, l'obligation d'information en droit des sociétés acquiert un nouveau fondement textuel. Cela présente un intérêt non négligeable d'autant plus que le devoir général d'information peut étendre le domaine de l'obligation d'information à d'autres faits.

2. L'extension du domaine de l'obligation d'information en droit des sociétés

L'obligation d'information précontractuelle en droit des sociétés n'est pas clairement structurée comme en droit commun des contrats. Ce qui fait qu'il est difficile de tracer ses contours. Néanmoins, pour pallier cette insuffisance, la pratique avait mis en place la technique de la *data room.* Elle consiste à mettre à la disposition du futur cocontractant un ensemble de documents liés au contrat qu'entendent conclure les parties. Sous l'impulsion des obligations d'information de droit commun, ces *datas room* seront de plus en plus fournies. Aussi, désormais, un cessionnaire peut être tenu de renseigner le cédant dès l'instant qu'il détient une information déterminante pour le consentement du cédant.

175. Les *datas rooms* seront de plus en plus fournies avec les obligations d'information du droit commun des contrats. L'exigence d'une information ayant un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat et la qualité des parties va beaucoup jouer dans les

opérations sociétaires[916]. Que ce soit dans le cadre d'une cession de titres ou d'une restructuration, les parties seront tenues à une obligation de transparence[917]. En effet, avec les obligations d'information précontractuelle de droit commun, le déroulement des *datas room*[918] va profondément changer. Avant, pour exécuter leur obligation d'information précontractuelle, les cédants ne faisaient que mettre à la disposition des acquéreurs un nombre important de documents en rapport avec la société[919]. À travers cette mise à disposition de documents, les cédants exécutaient leurs obligations d'information précontractuelle. Il revenait dès lors aux acquéreurs de rechercher eux-mêmes les informations qui étaient déterminantes pour leur consentement. Toutefois, vu le nombre important de documents mis à la disposition des acquéreurs[920], ces derniers peuvent ainsi très facilement passer à côté d'une information très importante lors de l'analyse de ces derniers sans pourtant que ce manquement d'information puisse être imputé aux cédants[921]. Or, l'obligation d'information précontractuelle, telle que posée par la réforme du droit commun des contrats, n'exige pas la délivrance de documents, mais d'informations. Ce qui veut dire que les cédants qui remettent juste des documents aux acquéreurs, à charge pour eux de les exploiter, n'exécutent pas suffisamment leur obligation d'information précontractuelle[922].

C'est pourquoi, sous l'impulsion de la réforme du droit des contrats, les cédants ne doivent plus se contenter de mettre à la disposition des acquéreurs des documents. Ils doivent aller plus loin, en délivrant le contenu des documents qu'ils mettent à la disposition. Dès lors, pour mieux exécuter l'obligation d'information précontractuelle, les cédants doivent demander préalablement aux acquéreurs la liste des informations dont ils ont besoin afin de bien les renseigner. Mais, ils ne doivent pas se limiter à cette liste, ils doivent eux-mêmes faire une analyse approfondie de toutes les informations dont ils disposent et délivrer aux acquéreurs

---

[916]J. Cittadini, F. Bailly, « La réforme du droit des contrats : quelques applications pratiques », *Option Finance*, n° 1389, 2016 ; J-J. Ansault, D. Swinburne, « Réforme du droit des contrats. Premières réflexions sur les évolutions des opérations de fusion -acquisition », *art. cit.*, p. 1307

[917] S. De Kondserovsky, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur les opérations de fusions-acquisitions », *RDBF*, n° 4, 2016, étude, p. 19 ; A. Toupenay-Schueller, A. Baydoun, « Quelques impacts de la réforme du droit des contrats sur la pratique des fusions-acquisitions », *Option Finance*, n° 1358, 2016

[918] B.. Dondero, C. Hausmann, « Les *data rooms* : une pratique vue sous un angle théorique », *Dr. et. Patri.,* nº 175, 2008

[919] M. Coiraton-Mavré, L. Pons, « Opérations de cession-acquisition et réforme du droit des obligations : quelques perspectives d'avenir », *Journal des sociétés,* n° 144, 2016

[920] B. Dondero, C. Hausmann, « Les data rooms : une pratique vue sous un angle théorique », *art. cit.,* nº 175

[921] M. Coiraton-Mavré, L. Pons, « Opérations de cession-acquisition et réforme du droit des obligations : quelques perspectives d'avenir », *art. cit.,* n° 144

[922] M. Coiraton-Mavré, L. Pons, « Opérations de cession-acquisition et réforme du droit des obligations : quelques perspectives d'avenir », *loc. cit.*

celles qui sont aussi susceptibles d'influencer leur consentement. Si cette approche de l'exécution de l'obligation d'information précontractuelle n'est pas respectée, il sera difficile pour les cédants de se prévaloir ensuite d'une garantie du passif. En effet, généralement, les cédants excluent de la garantie du passif ou d'actif tous les risques qui ont fait l'objet d'une information au moment de la conclusion du contrat[923]. Cette exclusion, ne remettant pas en cause les garanties légales[924], est tout à fait valable si l'information sur le passif a été renseignée.

176. Les obligations d'information du droit commun des contrats rendent réciproque l'obligation d'information en droit des sociétés. En droit des sociétés, l'obligation d'information précontractuelle pèse sur le cédant. C'est lui qui doit renseigner le cessionnaire sur toutes les informations qui sont susceptibles d'intéresser le consentement de ce dernier. En revanche, il n'y a aucune obligation d'information qui pèse sur le cessionnaire vis-à-vis du cédant. Toutefois, avec la réforme du droit des contrats, l'obligation d'information en droit des sociétés pourrait devenir réciproque. En effet, en droit commun des contrats, on est créancier d'une obligation précontractuelle d'information dès l'instant qu'on connaît une information déterminante pour le consentement de notre cocontractant. Chaque partie peut détenir des informations qui intéressent le consentement de l'autre. Dès lors, avec la réforme, un cessionnaire qui connaît une information précontractuelle déterminante pour le consentement du cédant doit lui en faire part. C'est dans ce sens qu'un auteur soutient que désormais, le cessionnaire est obligé de renseigner le cédant s'il entend délocaliser la société qu'il souhaite acquérir[925].

En définitive, les obligations d'information précontractuelle du droit commun des contrats ont un impact non négligeable en droit des sociétés. La réforme du droit des contrats donne aux opérations sociétaires un socle en matière d'obligation d'information précontractuelle en précisant davantage le déroulement de la mise en œuvre des *datas room.*

Le même impact positif peut être constaté dans les obligations d'information consumériste.

§2 : Le renforcement des obligations d'information consumériste

[923] M. Coiraton-Mavré, L. Pons, « Opérations de cession-acquisition et réforme du droit des obligations : quelques perspectives d'avenir », *art. cit*.

[924] Com. 3 février 2015, n° 13-12.483, D. 2015, p. 374, et p. 2401, obs. E. Lamazerolles ; Rev. sociétés 2015. 571, note J.-J. Ansault ; RTD civ. 2015. 373, obs. H. Barbier ; RTD com. 2015. 103, chron. A. Constantin ; JCP 2015. 373, M. Caffin-Moi ; Cass. com., 3 novembre 2004, n° 00-15.725

[925] I. Urbain-Parleani, « Le devoir d'information et les cessions de droits sociaux brèves remarques », in *Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats,* J. Heinich et V. Thomas (dir.)*, art. cit.,* p. 511

Les obligations d'information précontractuelle applicables aux consommateurs concernent toutes les personnes physiques qui agissent à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leurs activités commerciales, industrielles, artisanales, libérales ou agricoles[926]. Il s'agit des obligations d'information prévues dans le Code de la consommation[927], dans le Code des assurances[928], dans le Code monétaire et financier[929], dans le Code de construction et l'habitation,[930] etc. Au regard de la multitude des obligations d'information précontractuelle applicables aux contrats de consommation, et afin de bien percevoir le renforcement de ces dernières par les obligations d'information de droit commun, l'accent sera mis, dans le cadre de cette étude, uniquement sur les obligations d'information prévues par le Code de la consommation (A) et les obligations d'information issues du Code des assurances (B).

[926] Art. liminaire 1 ° C. consom.

[927] Obligation générale d'information précontractuelle : Art. L111-1 ; L111-2 ; L111-3 ; L111-4 ; L111-5 ; L111-6 ; L111-6 ; L111-7 ; L111-7-1 ; L111-7-2 ; L111-8 – Obligation d'information pour les contrats conclus hors établissement : Art. L221-5 ; L221-6 ; L221-7 - Obligation d'information relatif contrats conclus à distance portant sur des services financiers : Art. L222-5 - Obligation d'information pour les Contrats de fourniture d'électricité ou de gaz naturel : Art. L224-3 ; L224-4 ; L224-5 - Obligation d'information pour les Contrats relatifs au gaz de pétrole liquéfié : Art. L224-18 – Obligation d'information pour les Contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques : Art. L224-25-5 - Obligation d'information pour les Contrats de services de communications électroniques : Art. L224-27 ; L224-27-1 ; L224-27-2 - Obligation d'information pour les Contrats conclus dans les foires et salons : Art. L224-59 – Obligation d'information pour les Contrats d'utilisation de biens à temps partagé, contrats de produit de vacances à long terme, contrats de revente et contrats d'échange : Art. L224-73 ; L224-74 ; L224-75 – Obligation d'information pour le Contrats de courtage matrimonial : Art. L224-90 - Obligation d'information pour le Contrats d'achats de métaux précieux : Art. L224-98 - Obligation d'information pour les Contrats dans les domaines bancaire, financier et des assurances : Art. L224-100 - Obligation d'information pour le crédit à la consommation : Art. L312-12 ; L312-13 - Obligation d'information sur le crédit renouvelable : Art. L312-62 ; L312-63 Obligation d'information sur le crédit immobilier : Art. L313-7 ; L313-8 ; L313-9 ; L313-10 - Obligation d'information relatif au Prêt viager hypothécaire et prêt avance mutation : Art L315-9

[928] Obligation générale d'information précontractuelle : Art. L.112-2 – Obligations sur les contrats d'assurance automobile : L211-5-1 – Obligation d'information sur les contrats d'assurance santé : Art. L.131-3 – Obligation d'information dans les contrats affinitaires : L.112-10 – Obligation d'information des contrats d'assurance vie : Art. L132-5-2 ; L132-5-3 ; L. 132 - 9- 1 – Obligation d'information pour les contrats d'assurance groupe : L.141-4 - L'interdiction de la fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré : art. 113-8

[929] Obligation d'information relative aux conditions générales de banque et à l'ouverture de compte : Art. R. 312-1 – Obligation d'information sur les conditions générales et tarifaires applicable à la gestion d'un compte de dépôt : Art. L. 312-1-1 – Obligation d'information à la charge des prestataires de services d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille : Art. L533-12, I

[930] Art. L.271-4 CCH

A. Le renforcement des obligations d'information prévues par le Code de la consommation

En matière d'obligation d'information précontractuelle, il y a eu un jeu de rôle entre le droit de la consommation et le droit commun des contrats. En effet, le législateur consumériste s'était inspiré de la jurisprudence dégagée sur le fondement du droit commun des contrats pour mettre en place une obligation d'information. Au moment de la réforme du droit commun des contrats, le droit de la consommation a inspiré à son tour les rédacteurs de la réforme du droit commun des contrats[931]. Désormais, les obligations d'information consuméristes coexistent avec des obligations d'information de droit commun. Il se pose ainsi naturellement la question de leur articulation. Le fait que l'obligation générale soit « consumérisée »[932] n'est pas un obstacle pour celle-ci. Dès lors, l'application des obligations d'information du droit commun en droit de la consommation étend l'obligation d'information à tous les contrats de consommation (1) en précisant plus clairement le contenu de l'information (2).

1. L'extension de l'obligation d'information à tous les contrats de consommation

En vertu des dispositions de l'article L.111-1 du Code de la consommation, l'obligation d'information consumériste ne s'applique qu'aux contrats de vente et aux contrats de prestation de service. Toutefois, le contrat de vente et le contrat de prestation ne sont pas les seuls contrats que les consommateurs peuvent conclure[933]. En plus, du fait de la porosité de la notion de prestation de service[934], il y a un doute sur l'application de l'obligation d'information à certains contrats. C'est pourquoi, en application de l'obligation générale d'information, tous les contrats de consommation seront soumis à une obligation d'information précontractuelle. Cette

[931] H. Barbier, note sous Cass. com., 5 juillet 2016, n° 15-17.004 ; Cass. crim., 8 mars 2016, n° 14-88.347 ; CJUE, 2e ch., 14 juillet 2016, aff. C-196/15 ; Cass. 1re civ., 6 juillet 2016, n° 15-21.811, « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », *RTD civ.,* 2016, p. 837

[932] H. Barbier, note sous Cass. com., 5 juillet 2016, n° 15-17.004 ; Cass. crim., 8 mars 2016, n° 14-88.347 ; CJUE, 2e ch., 14 juillet 2016, aff. C-196/15 ; Cass. 1re civ., 6 juillet 2016, n° 15-21.811, « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », *loc. cit.*

[933] G. Raymond, *Droit de la consommation*, 5e éd., LexisNexis, 2019, §593

[934] J. Moury, « La détermination du prix dans le nouveau droit des contrats », *D.* 2016, 1013, n° 17 ; Gw. Lardeux, « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », *D.,* 2016, p. 1659 ; F. Labarthe, « Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion », Études offertes à J. Ghestin, *LGDJ*, 2001, p. 489

extension concerne aussi bien les contrats de transfert de propriété que les contrats d'ouvrage ou de service.

177. L'obligation d'information doit être respectée dans les contrats de transfert de propriété impliquant un professionnel et un consommateur. Si le contrat de vente est la vitrine des contrats de transfert de propriété, force est de constater qu'il existe d'autres contrats qui peuvent aussi transférer la propriété entre un professionnel et un consommateur. Parmi ces contrats, on peut citer le contrat d'échange, le contrat de donation et le contrat de partage[935].

Le contrat d'échange des articles 1702 et suivant du Code civil n'est pas une vente[936]. Il ne répond pas aux critères du contrat de vente posés par les articles 1582 et 1583 du Code civil à savoir l'existence d'une chose et d'un prix[937]. Le contrat d'échange n'est pas en désuétude ; il se développe même actuellement dans les relations entre professionnels et consommateurs[938]. Par exemple, beaucoup de professionnels proposent aujourd'hui aux consommateurs d'échanger leurs anciens biens mobiliers, moyennant une petite somme, contre des biens neufs ou reconditionnés. Cette technique est très développée par les professionnels des outils électroniques.

Pourtant, le contrat d'échange n'est pas couvert par l'obligation d'information précontractuelle du droit de la consommation. Les professionnels ne sont donc pas tenus de renseigner aux consommateurs les informations essentielles sur les produits échangés au regard du droit de la consommation. Le professionnel peut ainsi garder le silence sur des informations qui sont déterminantes pour le consentement du consommateur sans que son silence soit constitutif d'une faute. Les mêmes remarques peuvent être faites pour les contrats de partage et de donation. Les obligations spéciales d'information précontractuelle qui sont prévues par le Code de la consommation ne sont également pas applicables à ces contrats. À première vue, l'obligation spéciale d'information visant les contrats d'utilisation de biens à temps partagé, contrats de produit de vacances à long terme, contrats de revente et contrats d'échange peut laisser penser que les contrats d'échanges et de partages sont soumis à une obligation d'information[939]. Mais tel n'est pas le cas. En effet, cette obligation d'information ne concerne

---

935 J. Huet, G. Decocq, C. Grimaldi, H. Lécuyer, *Les principaux contrats spéciaux*, in *Traité de droit civil*, 3e éd. LGDJ, 2012, §14

936 A. Van Eeckhout, « Vers un renouveau du troc dans la vie des affaires ? », RDC, 2006, p. 917 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, 12e éd., LGDJ, 2022, §549

937 H. Kenfack, S. Ringler, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 2017, §230

938 C. Caillé, « Droit commun de l'échange », *Rép. Civ.,* 2015

939 Obligation d'information pour les Contrats d'utilisation de biens à temps partagé, contrats de produit de vacances à long terme, contrats de revente et contrats d'échange : Art. L224-73 ; L224-74 ; L224-75 C. Consom.

que les contrats par lesquels « un professionnel confère à un consommateur, directement ou indirectement, un droit ou un service d'utilisation de biens à temps partagé ou concernant des produits de vacances à long terme, ou de revente ou d'échange de tels droits ou services »[940].

Dès lors, en application des obligations d'information du droit commun, le consommateur doit être informé sur tous les éléments qui intéressent son consentement avant de conclure un contrat d'échange, de donation ou de partage. Les articles 1112-1, 1137 et 1104 du Code civil viennent combler ainsi les lacunes des obligations spéciales d'information du droit de la consommation en étendant celles-ci à des contrats exclus de leurs champs d'application. Avec cette extension, le consommateur est mieux protégé contre les agissements douteux du professionnel. Son consentement doit être éclairé par ce dernier sur tous les faits qui sont susceptibles d'exercer une influence déterminante sur ses choix. À défaut, le professionnel pourra être condamné sur le fondement d'une des obligations d'information de droit commun.

178. L'obligation d'information doit être respectée dans les contrats d'ouvrage ou de service impliquant un professionnel et un consommateur. En plus des contrats de vente, les obligations d'information du Code de la consommation s'appliquent aux contrats de prestation de service. Toutefois, la notion de contrat de prestation de service est très difficile à comprendre[941] et le législateur consumériste ne donne aucune définition de celle-ci[942]. Dès lors, il devient impératif de cerner la notion de prestation pour déterminer les contrats de prestation de service soumis à une obligation d'information.

Remplaçant le contrat d'entreprise[943] pour certains auteurs, le domaine du contrat de prestation de service doit être recherché à la fois dans ses sources et dans ses effets[944].

Par rapport aux sources, il y a contrat de prestation de service dès l'instant que l'exécution du contrat nécessite un travail humain reposant sur une obligation de faire[945]. Toutefois, là aussi,

---

[940] Art. L224-69 C. Consom.

[941] J. Moury, « La détermination du prix dans le nouveau droit des contrats », *art. cit*. n°17 ; D. Maingay, *Contrats spéciaux*, 12e éd., D., 2020, §518 ; G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.,* §593 ; D. Maingay, *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, § 517 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14e éd., LGDJ, 2021 ; §482 et s.

[942] Ph. Delebecque, F-J. Pansier, *Droit des obligations : Contrats et quasi-contrat*, 8e éd., LexisNexis, 2018 ; V. Lasbordes-de Virville, *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., Bruylant, 2021, §315 ; A. Cayol, *Contrat d'ouvrage,* préf., Th. Revêt, Iris, 2013, §15 et s.

[943] Gw. Lardeux, « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », *art. cit.,* p. 1659 ; F. Labarthe, « Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion », *op. cit.* p.489

[944] P. Puig, « Le contrat d'entreprise », in L. Andreu, M. Mignot (sous-dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, *LGDJ,* 2017, p.127

[945] P. Puig, « Le contrat d'entreprise », in L. Andreu, M. Mignot (sous-dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, *loc. cit.*

ce ne sont pas tous les contrats ayant une obligation de faire qui sont des contrats de prestation de service. En effet, il existe deux obligations de faire. D'une part, celle qui organise le travail humain et impliquant une personne, et d'autre part, celle qui n'implique pas une personne et portant sur une chose[946]. C'est uniquement la première qui peut être une prestation de service. C'est ce qui explique d'ailleurs que les obligations de faire, impliquant une personne, ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution forcée contrairement à celles qui concernent une chose. En l'absence de cette distinction, le risque est de considérer des contrats de mise à disposition d'un bien, notamment le bail, comme des contrats de prestation de service[947].

Au regard des effets, un contrat de prestation de service est un contrat qui crée ou conserve une valeur par le travail[948]. C'est pourquoi l'article 1710 du Code civil, en définissant le louage d'ouvrage, qu'on qualifie de contrat de prestation de service, met l'accent sur ce que « fait » le loueur d'ouvrage. À partir de cette définition, le contrat de bail serait encore exclu des contrats de prestation de service.

Il existerait donc des contrats de consommation qui ne rentreraient pas dans la catégorie des contrats de prestation de service. D'ailleurs en droit international privé européen, le règlement Bruxelles 1 bis relatif aux conflits de juridictions prévoit, en plus des règles applicables aux contrats de vente et aux contrats de prestation de service, des règles résiduelles pour d'autres types de contrats qui ne rentrent pas dans ces deux premières catégories.

Il y aurait donc des contrats qui ne sont ni des ventes ni des prestations de service. D'ailleurs, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé dans son arrêt du 19 juin 2019 que le contrat de location d'un logement ne constitue pas un contrat de fourniture de service[949]. De même, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait jugé que l'universitaire n'est pas un prestataire de services[950], et donc qu'il n'est pas assujetti au respect d'une obligation d'information dans le cadre de ses consultations occasionnelles[951]. Donc, il existe aujourd'hui des doutes sur le

---

946 P. Puig, « Le contrat d'entreprise », in L. Andreu, M. Mignot (sous-dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, *art.. cit.* p. 127

947 P. Puig, « Le contrat d'entreprise », in L. Andreu, M. Mignot (sous-dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, *loc. cit*.

948 P. Puig, « Le contrat d'entreprise », in L. Andreu, M. Mignot (sous-dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, *loc. cit.*

949 Cass. 1re civ., 19 juin 2019, n° 18-10.424, JurisData n° 2019-010523 ; dans le même sens Cass. 3e civ., 26 janvier 2017, n° 15-27.580, D. 2017, p. 388, note V. Pezzella ; AJDI 2017. 443, obs. N. Damas ; RTD civ. 2017. 372, obs. H. Barbier

950 CA Aix-en-Provence, 28 octobre 2014, D. 2014. Actu.2246 ; RTD civ., 2015. 158, Obs. Gautier

951 P-Y. Gautier, note sous CA Aix-en-Provence, 28 oct. 2014, n° 13/17926, « Le professionnel du droit qui délivre une consultation à distance est-il un prestataire de services au sens du code de la consommation ? », *RTD civ*. 2015, p. 157

rattachement de certains contrats à la prestation de service. Ces contrats ne seront donc pas soumis à l'obligation d'information consumériste.

Toutefois, avec les nouvelles obligations d'information de droit commun, ce doute va se dissiper. Dès l'instant qu'un contrat, qu'il soit ou non de prestation de service, est conclu entre un professionnel et un consommateur, l'obligation d'information doit être respectée au regard du droit commun des contrats. Le professionnel sera désormais tenu de renseigner les preneurs sur toutes les données pour leurs consentements dans le cadre d'un contrat de location. Il en est de même du professeur d'université qui délivre occasionnellement des consultances à des consommateurs.

Mais, le renforcement de l'obligation d'information consumériste par les obligations d'information de droit commun ne se limite pas qu'aux contrats n'entrant pas dans son champ d'application ; il se vérifie aussi par rapport à l'extension du contenu d'information.

2. L'extension de l'obligation d'information consumériste à toutes les informations déterminantes

Dans le cadre d'un contrat de consommation, le professionnel n'est tenu de renseigner son cocontractant consommateur que sur des faits bien précis comme les caractéristiques essentielles du bien vendu ou du service fourni. Toutefois, le législateur ne dit pas ce qu'il faut entendre par caractéristique essentielle du bien ou du service. Dès lors, des informations, qui sont parfois déterminantes, se retrouvent exclues du champ d'application de l'obligation d'information consumériste. Mais, avec les nouvelles obligations d'information de droit commun, la notion de caractéristique essentielle du bien ou du service peut être étendue à toutes les informations déterminantes pour le consentement des consommateurs.

179. Les informations à délivrer au consommateur sont clairement délimitées par le législateur consumériste. En vertu de l'article L.111-1 du Code de la consommation, le professionnel ne doit livrer au consommateur que six catégories d'informations[952]. Il s'agit des caractéristiques essentielles du bien ou du service, du prix, de la date de livraison, de l'identité et des coordonnées du professionnel, de l'existence et des modalités de mise en œuvre des garanties légales, et de la possibilité de recourir à un médiateur. Si les contours des six dernières catégories d'information peuvent être facilement cernés, ce n'est pas le cas des informations relatives aux caractéristiques essentielles du bien ou du service. Le législateur consumériste ne

[952] Y. Picod, H. Davo, *Droit de la consommation,* 2e éd., Sirey, 2010, §190

précise pas ce qu'il faut comprendre à travers cette expression[953]. Or, cette catégorie englobe la partie la plus importante des informations pouvant intéresser le consentement du consommateur. Il est donc revenu à la jurisprudence et à la doctrine de définir les limites des informations ayant trait aux caractéristiques essentielles du bien ou du service.

Pour la doctrine, il faut d'abord déterminer si l'on doit apprécier objectivement ou subjectivement la notion de caractéristiques essentielles avant d'évoquer les informations qui doivent être livrées par le professionnel. Une interprétation objective de la notion permet de retenir que les caractéristiques essentielles sont celles qui sont toujours essentielles, peu importe le consommateur. Alors qu'une interprétation subjective amène à ne retenir que celles qui varient selon le consommateur[954]. C'est donc aux parties de préciser ce qui est essentiel pour elles au regard de l'objectif poursuivi dans le contrat. À défaut de précision par les parties, c'est au juge qu'il revient de dire ce qui constitue une caractéristique essentielle[955].

Dans un arrêt rendu le 1er mars 2005, la Cour de cassation avait procédé à une interprétation objective de la notion de caractéristiques essentielles en considérant que les risques encourus par le consommateur dans l'utilisation d'un bien font partie des caractéristiques essentielles[956]. La haute Cour souligne qu'est « tenu de respecter l'obligation d'information […], l'entrepreneur du bâtiment qui vend à un non-professionnel du béton qu'il avait commandé à son fournisseur au titre de son activité professionnelle dès lors que l'utilisation de ce matériau entre dans le champ de cette activité »[957]. De même, l'information sur le prix d'une cuisine intégrée et celle de son installation sont [958] des informations à délivrer au consommateur avant la conclusion du contrat[959].

Toutefois, la Cour d'appel de Paris avait refusé à un consommateur l'annulation d'un contrat de vente d'une cuisine équipée du seul fait que le vendeur ne l'avait pas averti de la différence

---

953 D. Bazin-Beust, Droit de la consommation, 4e éd., Gualino, 2020, p. 44

954 G. Raymond, note sous CA Montpellier, 22 mars 2012, « L'origine géographique d'un chiot est-elle une qualité substantielle ? », *Contrats. conc. consom.,* n° 6, Juin 2012, comm., 164

955 G. Raymond, note sous CA Paris, 13 Avril 2012, n° 09/18 440, « Notion de caractéristiques essentielles », *Contrats. conc. consom*., n° 8-9, Août 2012, comm., 219

956 B. Boubli, note sous Cass. 1re civ., 16 févier 2005, n° 03-19.724 ; Cass. 1re civ., 01 mars 2005, n° 04-10.063, « L'entrepreneur est tenu d'une obligation de conseil », *RDI,* 2005, p. 219 ; B. Bouloc, note sous Cass. 1re civ., 01 mars 2005, n° 04-10.063, « Quelle que soit sa spécialité, le professionnel, vis-à-vis d'un consommateur, a une obligation d'information sur la chose qu'il vend », *RTD com.* 2006, p. 181

957 Cass. 1re civ., 1er mars 2005, n° 04-10.063, RDI 2005 p. 219, obs B. Boubli

958 CA Grenoble, ch. soc., 10 décembre 2007, JurisData n° 2007-357579, obs. Guy, Raymond, Contrats. conc. consom, n° 6, Juin 2008, comm. 170

959 G. Raymond, note sous CA Grenoble, 10 Décembre 2007, n° 05/03977, « Cuisines intégrées et devoir d'information du vendeur », *Contrats. conc. consom.,* n° 6, Juin 2008, comm., 170

de teinte des portes de placard et des côtés du mobilier[960]. Les juges du fond avaient considéré que cette différence n'était pas une caractéristique essentielle du bien[961]. Le consommateur ne peut donc pas invoquer la couleur du bien acheté comme une caractéristique essentielle de celui-ci. Par ailleurs, il a été jugé[962] que « l'impossibilité de réaliser une copie privée d'un disque DVD sur lequel est reproduite l'œuvre ne constituait pas une caractéristique essentielle »[963]. Dans le même sens, la Cour de cassation avait jugé que ne constitue pas une caractéristique essentielle, la nécessité d'obtenir une autorisation administrative avant d'installer un abri de piscine[964]. Le professionnel qui garde le silence sur ce fait ne manque pas à son obligation d'information consumériste[965]. Il a été jugé aussi comme une caractéristique non essentielle du bien, l'information selon laquelle le véhicule acheté aurait été utilisé dans une flotte de location[966].

On voit donc que la jurisprudence aborde finalement la notion de caractéristique essentielle de façon objective. Les considérations personnelles des consommateurs sur les biens ou services ne rentrent pas dans le champ de l'obligation d'information consumériste. Cette appréhension de la notion de caractéristique essentielle exclut un bon nombre d'informations qui sont pourtant déterminantes pour le consentement des consommateurs. Toutefois, avec le nouveau droit commun des contrats, ces informations pourront réintégrer le champ d'application de l'obligation d'information précontractuelle.

180. La notion d'information déterminante peut prendre en compte des informations qui ne sont pas prévues par le législateur consumériste. Au regard du droit commun des contrats, toutes les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu ou la qualité des parties doivent être livrées[967]. La notion d'information déterminante apparaît bien plus large

---

960 CA, Paris, Pôle 5, chambre 11, 13 avril 2012 - n° 09/18 440 ; JurisData : 2012-007693 ; G. Raymond, obs. Contrats. Conc. Consom. n° 8-9, Août 2012, comm. 219

961 G. Raymond, note sous CA Paris, 13 Avril 2012, n° 09/18 440, « Notion de caractéristiques essentielles », *art. cit.,* n° 8-9

962 F. Pollaud-Dulian, note sous TGI Paris, 30 avril 2004, « Les rapports de l'exception de copie privée avec les mesures techniques de protection », *RTD com*., 2004, p. 486

963 Cass. 1re civ., 19 juin 2008, n° 07-14.277, D. 2008. AJ. 1824, obs. J. Daleau, ; RTD com. 2008, p. 551 obs. F. Pollaud-Dulian ; Cass. 1re civ., 28 février 2006, Bull. civ. I, n° 126 ; JCP 2006. II. 10 084, obs. A. Lucas.

964 Cass. 1re civ., 30 septembre 2015, n° 14-11.761, Contrats. conc. consom. 2015, n° 12, comm. 293, obs. G. Raymond ; RDI 2015. 590, obs. Ph. Malinvaud,

965 G. Raymond, note sous Cass. 1re civ., 30 septembre 2015, n° 14-11.761, « Qualité essentielle du produit ou service », *Contrats. conc. consom*., n° 12, Décembre 2015, comm., 293 ; Ph. Malinvaud, note sous Cass. 1re civ., 30 septembre 2015, n° 14-11.761, « L'installation d'un abri de piscine peut-elle être la construction d'un ouvrage ? », *RDI,* 2015, p. 590

966 CA Versailles, 3e ch., 10 mai 2012 - n° 10/07524 ; JurisData : 2012-018899

967 *Supra* §38 et s. ; §42 et s.

que la notion de caractéristique essentielle. Avec la notion d'information déterminante, toutes les informations qui se rattachent objectivement ou subjectivement au contenu des contrats ou à la qualité des parties sont à délivrer[968]. En intégrant des éléments subjectifs dans le champ d'application de l'obligation d'information, le créancier paraît mieux protégé contre les comportements fautifs de son cocontractant. Le droit commun de l'obligation d'information précontractuelle subjectiverait davantage l'obligation d'information consumériste. Les informations en lien direct avec le contenu du contrat vont au-delà des informations objectivement essentielles. Le contenu du contrat englobe à la fois tous les faits qui peuvent déterminer une personne à s'engager dans un contrat, mais il vise également des faits dont la détermination peut varier d'un cocontractant à un autre. C'est ce dernier qui place le droit commun de l'obligation d'information dans une sphère bien plus large que le domaine de l'information consumériste. Dès lors, une information non due au regard de l'obligation d'information précontractuelle peut être due en vertu de l'obligation générale d'information. On pense ainsi à l'information sur l'utilisation antérieure d'un véhicule d'occasion[969]. Cette information peut être considérée comme déterminante au regard du droit commun des contrats puisqu'elle permet de déterminer si le véhicule a bien été entretenu par son précédent propriétaire. De même, l'information sur l'impossibilité de faire une copie d'une cassette[970] paraît déterminante dans la mesure où le consentement d'une partie peut être déterminé par cette option de pouvoir faire des copies.

Toutefois, cette approche de l'articulation entre les obligations d'information de droit commun et les obligations d'information consumériste risquerait d'engendrer des conflits de norme[971]. En effet, avec cette lecture, le droit commun remettrait en cause le champ d'application matériel de l'obligation d'information consumériste alors que tous les deux poursuivent le même but. C'est pourquoi la complémentarité entre les obligations générales d'information et l'obligation d'information consumériste doit aussi être recherchée dans le sens de la confirmation du domaine de celle-ci tracé par le législateur et la jurisprudence. Ainsi, il est possible de s'appuyer sur les dispositions du droit commun des contrats pour exclure plus clairement une information du domaine de l'obligation d'information consumériste en partant de la notion d'information déterminante. Par exemple, dans l'affaire de la vente de la cuisine équipée avec des couleurs

[968] *Supra* §36

[969] CA Versailles, 3e ch., 10 mai 2012 - n° 10/07524 ; JurisData : 2012-018899

[970] Cass. 1re civ., 19 juin 2008, n° 07-14.277, D. 2008. AJ. 1824, obs. J. Daleau, ; RTD com. 2008, p. 551 obs. F. Pollaud-Dulian ; Cass. 1re civ., 28 février 2006, Bull. civ. I, n° 126 ; JCP 2006. II. 10 084, obs. A. Lucas.

[971] *Infra* §233 et s.

différentes, le professionnel peut s'appuyer sur le droit commun pour soutenir que la couleur de la cuisine n'est pas déterminante dans la mesure où ce n'est pas elle qui a été la cause impulsive du consentement du consommateur, mais plutôt la fonctionnalité de la cuisine[972]. Celle-ci étant conforme aux attentes légitimes du consommateur, le contrat ne peut être annulé du seul fait que le professionnel n'a pas renseigné le créancier sur la différence de couleur. Toutefois, si le consommateur avait clairement fait savoir au vendeur l'importance de la couleur avant l'achat, celle-ci deviendrait déterminante puisqu'elle aurait influencé dans ce cas le consommateur dans sa décision de conclure le contrat.

Le droit commun de l'obligation d'information renforce donc l'obligation d'information consumériste dans son applicabilité. Cet apport peut aussi se vérifier dans l'articulation des obligations d'information de droit commun avec l'obligation d'information du droit des assurances.

B. Le renforcement des obligations d'information du droit des assurances

Le Code des assurances prévoit plusieurs obligations d'information précontractuelle qui pèsent à la fois sur l'assureur et les assurés[973]. Comme dans les obligations d'information prévues par le Code de la consommation, les obligations d'information du droit des assurances sont aussi limitées. Mais, avec l'avènement des obligations d'information en droit commun des contrats, les obligations d'information du droit des assurances peuvent être étendues à la fois à des faits (1) et contrats (2) non visés par le droit des assurances[974].

1. L'extension de l'obligation d'information à des faits non visés par le droit des assurances

Les articles L.112-2 et L.113-8 du Code des assurances, régissant les obligations d'information de l'assureur et de l'assuré, sont cantonnés à des faits bien déterminés. C'est pourquoi

[972] CA, Paris, Pôle 5, chambre 11, 13 avril 2012 - n° 09/18 440 ; JurisData : 2012-007693 ; Contrats. Conc. Consom. 2012, n° 8-9, comm. 219, obs. G. Raymond.

[973] J. Bigot, V. Heuzé, Al., *Le contrat d'assurance,* in Traité de droit des assurances, *op. cit.,* §490 et s ; M. Chagny, L. Perdrix, Droit des assurances, 4e éd., LGDJ, 2018, §143 et s ; A. Pélissier, (sous dir.), *Code des assurances : commenté*, 39e éd., L'Argus, 2022, p. 73 et s ; J. Kullmann, E. Silvestre, « Le contrat d'assurance », in *Lamy assurances, art. cit.*, n° 54 ; R. Bigot, A Cayol (sous dir*), Le droit des assurances en tableaux*, pref. D. Noguéro, ellipses, 2020, p.101 et s. ; Fr. Couilbault, St. Couilbault-di tommaso, V. Huberty, Les grands principes de l'assurance, 11è éd., L'argus, 2013, p. 97 et s.

[974] P. Bertrand, « Réforme du droit des contrats : quel impact sur le contrat d'assurance ? » *D*. 2016, p. 1156

l'articulation de ces dispositions avec les nouvelles obligations d'information du droit commun du Code civil permet de constater que l'obligation d'information de l'assureur et de l'assuré est renforcée[975].

181. L'obligation d'information de l'assureur se renforce avec les obligations d'information de droit commun. Il résulte des dispositions de l'article L.112-2 du Code des assurances que l'assureur doit fournir à l'assuré dans un premier temps, « une fiche d'information sur le prix et les garanties », et dans un second temps « un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré ».

Ainsi, dans la fiche d'information, l'obligation d'information précontractuelle de l'assureur est limitée uniquement au prix et aux garanties. En fournissant ces deux éléments dans un premier temps au souscripteur, l'assureur satisfait complètement à son obligation précontractuelle. Il n'est pas tenu de renseigner son cocontractant sur d'autres éléments même déterminants pour le consentement du souscripteur. Dès lors, les exclusions des risques, le plafond des garanties et la franchise accordée se trouvent exclus des informations que l'assureur doit délivrer au souscripteur[976]. Même si l'assureur livre ces informations au moment de la délivrance du projet de contrat ou de la notice, force est de constater que les informations contenues dans la fiche d'information sont très importantes dans les choix du souscripteur. En effet, c'est grâce à ces informations préliminaires que le souscripteur effectue une comparaison entre les différentes offres[977]. Or, une fiche d'information qui ne contient que le prix et les garanties ne permet pas d'avoir un aperçu clair des offres d'assurance. Le prix et les garanties d'un contrat d'assurance peuvent être séduisants, mais les exclusions de garanties, les plafonds ou la franchise pratiqués par l'assureur peuvent ôter tout intérêt au contrat.

L'exécution de l'obligation d'information par la délivrance du projet de contrat ou d'une notice d'information est plus complète. Les informations délivrées par la notice ou le projet de contrat sont plus nombreuses. L'assureur doit ainsi renseigner au souscripteur les garanties, les exclusions ainsi que les obligations de l'assuré. Mais là aussi, l'information sur le montant de la prime ne fait pas partie des informations à délivrer obligatoirement[978]. Or, cette information est très importante pour le consentement du souscripteur dans la mesure où elle constitue sa

[975] P. Bertrand, « Réforme du droit des contrats : quel impact sur le contrat d'assurance ? » *loc. cit*,

[976] V. Nicolas, *Droit des contrats d'assurance,* Economica, 2012, §375

[977] J. Bigot, V. Heuzé, Al., *Le contrat d'assurance,* in Traité de droit des assurances, *op. cit.,* §494 ; R. Bigot, A Cayol (sous dir*), Le droit des assurances en tableaux*, pref. D. Noguéro, *op. cit.*, p.103

[978] J. Bigot, V. Heuzé, Al., *Le contrat d'assurance,* in Traité de droit des assurances, *op. cit.,* §501

prestation principale dans le contrat. La possibilité qui est offerte aux assureurs de fixer la prime au moment de la déclaration des risques n'avantage pas le souscripteur. La méconnaissance de cette information avant la déclaration des risques peut fausser son appréciation du contrat.

Dès lors, en application des obligations d'information de droit commun, la fiche d'information peut être plus riche en information qu'elle ne l'est actuellement. Elle peut inclure le prix, les exclusions de garanties, mais également les franchises accordées. Cet ajout n'est pas négligeable dans la mesure où il permettra aux souscripteurs d'avoir tous les éléments pertinents pour la comparaison des offres d'assurance. De même, l'information sur la prime peut être considérée comme obligatoire lors de la délivrance du projet de contrat ou de la notice d'information. Le caractère déterminant de celle-ci ne fait pas de doute, car elle fait partie des informations à délivrer par l'assureur avant même la déclaration des risques sur le fondement du droit commun.

Toutefois, cette approche extensive de l'articulation des obligations d'information du droit des assurances avec les obligations d'information de droit commun risque de faire naître des conflits entre les deux règles de droit[979]. C'est pourquoi l'extension du champ d'application des obligations d'information du droit des assurances ne doit être possible que s'il y a compatibilité des deux normes. Cette même exigence doit être vérifiée aussi dans le renforcement de l'obligation d'information de l'assuré.

182. L'obligation d'information de l'assuré se renforce avec les obligations d'information de droit commun. En vertu de l'article L.113-2, 2° du Code des assurances, l'assuré est tenu « de répondre exactement aux questions posées par l'assureur […] sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge ». À la différence de l'assureur, qui délivre des documents d'information, le souscripteur doit répondre à des questions pour exécuter son obligation d'information précontractuelle. Son obligation est ainsi limitée par les questions posées par l'assureur[980]. Ainsi, sans question de la part de l'assureur, le souscripteur n'est pas tenu de le renseigner[981]. Même en cas de question, le souscripteur n'est tenu de répondre qu'aux questions posées. Il n'est pas non plus tenu de renseigner des informations qui ne figurent pas sur le questionnaire. C'est pourquoi l'assuré ne peut être condamné pour manquement à une obligation d'information envers l'assureur s'il ne répond pas de manière précise à des questions vagues. L'assureur ne peut se fonder sur

[979] *Infra* §233 et s.

[980] H. Groutel, note sous Cass. 2e civ., 8 juillet 2010, n° 09-67899, « Déclaration inexacte du risque », *RCA*, n° 9, 2010, comm. 233

[981] Cass. 2e civ., 3 juin 2010, 09-14.876, RCA 2010, n° 9, comm. 233, note H. Groutel

l'imprécision des réponses de l'assuré pour faire constater le manquement de celui-ci à son obligation d'information précontractuelle[982]. En effet, il a été jugé comme ne constituant pas une fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, la réponse négative à la question de savoir, si l'assuré était atteint d'une infirmité ou d'une maladie grave[983].

Toutefois, avec les nouvelles obligations d'information de droit commun, l'obligation d'information de l'assuré peut devenir beaucoup plus contraignante qu'elle ne l'est actuellement dans le Code des assurances. En effet, avec le droit commun, le souscripteur est tenu de renseigner spontanément à l'assureur toutes les informations qui touchent directement le contenu du contrat d'assurance. Ainsi, la déclaration spontanée qui a été mise à l'écart par la loi du 31 décembre 1989[984] peut refaire surface et exiger des souscripteurs d'assurance d'être plus transparents envers les assureurs. De même, le souscripteur ne pourrait pas se cacher derrière l'imprécision des questions qui lui sont adressées pour refuser de renseigner une information qui intéresse le consentement de l'assureur.

Mais cette manière d'appréhender l'articulation de l'obligation d'information précontractuelle du droit des assurances avec les obligations d'information de droit commun risque aussi d'engendrer des conflits de norme[985]. C'est pourquoi il faut chaque fois vérifier si le cumul des deux normes juridiques est possible avant de conclure à un éventuel renforcement du droit spécial. La même technique doit être employée pour aborder l'extension de l'obligation d'information à tous les contrats d'assurance.

2. L'extension de l'obligation d'information à des contrats non visés par le droit des assurances

L'articulation de l'obligation d'information du droit des assurances avec les obligations d'information de droit commun permet de constater aussi qu'avec le droit commun, il est possible d'instaurer une obligation d'information dans des contrats d'assurance où celle-ci n'est pas exigée. Tel est le cas des contrats d'assurance, de grands risques et des contrats temporaires. Mais avant d'aborder l'extension de l'obligation d'information dans ces deux types de contrat, signalons au passage que les obligations d'information de droit commun pourraient aussi

[982] Art. L. 112-3, al. 4 C. assur.

[983] Cass. 1re civ., 15 octobre 1991, n° 90-11.725 ; dans le même sens : Cass. 2e civ.,, 17 juin 2010/n° 09-67.081

[984] H. Groutel, note sous Cass. 2e civ., 8 juillet 2010, n° 09-67899, « Déclaration inexacte du risque », *art. cit.*, n° 9

[985] *Infra* §233 et s.

trouver une application dans les contrats de réassurance qui ne sont pas régis par le Code des assurances[986] et dans les contrats d'assurance cumulative où la jurisprudence est encore obscure[987].

183. L'extension de l'obligation d'information aux contrats d'assurance de grands risques. Les assurances de grands risques sont prévues par les dispositions de l'article L.116 du Code des assurances. Cette disposition met en exergue deux catégories de grands risques. Dans un premier temps, on a les assurances de grands risques par nature[988] et dans un second temps, on a les grands risques liés à l'importance de l'activité économique du souscripteur[989] qui remplissent au moins deux des trois critères suivants : un total du dernier bilan supérieur à 6,2 millions d'euros, un chiffre d'affaires du dernier exercice supérieur à 12,8 millions d'euros, un nombre de personnes employées en moyenne au cours du dernier exercice supérieur à 250[990]. Si l'existence du grand risque est constatée, l'article R.112-2, alinéa 1er n'oblige pas l'assureur à remettre au souscripteur, lors de la conclusion du contrat une fiche d'information sur le prix et les garanties, un exemplaire du projet de contrat ou une notice d'information sur le contrat. Autrement dit, il n'y a aucune obligation d'information qui pèse sur l'assureur. Il peut tout à fait garder pour lui des informations qui sont déterminantes pour le consentement du souscripteur sans encourir de sanction. Or, rien ne justifie cette exonération de l'obligation d'information de l'assureur dans les contrats de grands risques. En effet, dire que les grandes entreprises ont des *risk-manager* ou que les grands risques sont complexes et individualisés ne justifie pas cette exclusion de l'obligation d'information. L'assurance ayant pour but de couvrir un risque, celui-ci devient plus important lorsque l'objet couvert a une grande valeur. Dès lors, l'assureur devait, du fait de la valeur importante de l'objet couvert, renseigner au préalable le souscripteur sur le prix et les garanties couvertes de sorte que celui-ci puisse comparer les offres

---

[986] J. Bigot, « L'ordonnance et la réassurance », *RGDA,* n° 12, p. 651

[987] J. Mestre, note sous Cass. 1re civ., 13 mai 1997, n° 95-14.843, « Nouvelle avancée de l'obligation d'information dans le domaine des assurances de personnes », *RTD civ*., 1997, p. 922

[988] L'article L. 111-6 C. assur. cite à son 1er « a) Les corps de véhicules ferroviaires, aériens, maritimes, lacustres et fluviaux ainsi que la responsabilité civile afférente auxdits véhicules ; b) Les marchandises transportées ; c) Le crédit et la caution, lorsque le souscripteur exerce à titre professionnel une activité industrielle, commerciale ou libérale, à condition que le risque se rapporte à cette activité ; d) Les installations d'énergies marines renouvelables, définies par un décret en Conseil d'État ;

[989] L'article L. 111-6 C. assur. ajoute à 2° : Ceux qui concernent l'incendie et les éléments naturels, les autres dommages aux biens, la responsabilité civile générale, les pertes pécuniaires diverses, les corps de véhicules terrestres à moteur ainsi que la responsabilité civile, y compris celle du transporteur, afférente à ces véhicules, lorsque le souscripteur exerce une activité dont l'importance dépasse certains seuils définis par décret en Conseil d'État ».

[990] Art. R. 111-1 C. assur.

d'assurance. Aussi, l'existence dans l'entreprise d'une personne ayant une fine connaissance du droit des assurances ne signifie pas forcément qu'elle connaît toutes les informations qui peuvent intéresser le consentement de l'entreprise. La réunion des connaissances du contenu du contrat et d'un *risk-manager* ne peut que renforcer le consentement du souscripteur.

Désormais, avec les obligations d'information de droit commun, il est tout à fait possible de penser que les assureurs seront obligés de renseigner les souscripteurs de contrat d'assurance de grand risque sur tous les faits déterminants pour leurs consentements[991]. Ils ne pourront plus se soustraire derrière les dispositions de l'article R.112-2 du Code des assurances pour refuser de renseigner leurs futurs cocontractants.

Toutefois, une telle analyse de l'articulation entre le droit commun et le droit des assurances ne peut être valable que s'il n'y a pas de conflit sur ce point entre les deux normes[992]. La même réserve devrait être observée après l'étude de l'extension de l'obligation aux contrats d'assurance temporaires.

184. L'extension de l'obligation d'information aux contrats d'assurance temporaires. Lorsque le contrat d'assurance est de courte durée, l'assureur n'est pas tenu d'éclairer l'assuré sur les prix et les garanties comme l'exige l'article L.112-2 du Code des assurances. Cette limitation du devoir d'information est expressément prévue par les dispositions de l'article R.112-2. En effet, cette disposition prévoit que les informations que l'assureur doit délivrer à l'assuré « ne sont pas […] applicables aux contrats d'assurance couvrant des risques liés à la villégiature, au camping, aux sports d'hiver, aux vacances et aux voyages, souscrits pour trois mois au plus et non renouvelables, ni aux contrats d'assurance de bagages valables pour un seul voyage, lorsque la prise d'effet de ces contrats intervient au plus tard quarante-huit heures après la proposition d'assurance… ». Comme dans les contrats de grands risques, rien ne semble justifier l'exclusion de l'obligation d'information précontractuelle dans les contrats d'assurance de courte durée. Le caractère fréquent de ce type de contrat chez le consommateur devait inciter à adopter la solution contraire. Ce n'est pas parce que le contrat ne dure que quelques heures ou jours que l'assureur doit avoir la possibilité de garder le silence sur des informations déterminantes pour le consentement du souscripteur. Sûrement, cette exclusion peut s'expliquer par la lourdeur formelle du devoir d'information en droit des assurances.

Mais, avec les obligations d'information de droit commun, il est tout à fait possible d'exiger des assureurs qu'ils respectent l'obligation d'information précontractuelle dans tous les contrats

[991] P. Bertrand, « Réforme du droit des contrats : quel impact sur le contrat d'assurance ? » *art. cit.,* p. 1156

[992] *Infra* §242 et s.

de courte durée. En effet, la transmission de l'obligation d'information en droit commun des contrats n'est pas aussi lourde qu'en droit des contrats des assurances[993]. Celle-ci peut se faire même oralement. Ce mode de transmission de l'information faciliterait l'exécution de l'obligation d'information des assureurs.

En définitive, les obligations d'information de droit commun peuvent renforcer aussi bien l'obligation d'information du droit de la consommation que les obligations d'information du droit des assurances.

Mais, l'articulation entre les obligations d'information du droit commun des contrats et les obligations spéciales d'information ne s'arrête pas qu'aux complémentarités sur l'obligation d'informer, elle s'étend aussi à l'obligation de s'informer.

Section II : Les complémentarités sur l'obligation de s'informer

L'impact des obligations d'information précontractuelle du droit commun des contrats sur les obligations spéciales d'information se retrouve également dans l'obligation de s'informer qui est « le contre-pouvoir » de l'obligation d'informer[994]. Le droit commun peut obliger le créancier d'une obligation spéciale d'information à se renseigner lui-même lorsqu'il se trouve dans certaines situations (§1) ou lorsque l'information a une nature particulière (§2).

§1 : La généralisation du devoir de s'informer découlant de la situation du créancier

Dans les obligations d'information précontractuelle de droit commun, le débiteur d'une obligation d'information est exonéré de son devoir d'information lorsque le créancier ignore illégitimement l'information déterminante pour son consentement (A)[995]. De même, il n'y a pas d'obligation d'information précontractuelle si le créancier de l'information ne fait pas confiance à son débiteur (B)[996]. Ces deux exceptions de l'obligation d'information précontractuelle peuvent être appliquées en droit spécial.

A. La généralisation de l'obligation de s'informer en cas d'ignorance illégitime

[993] *Supra* §93 et s.
[994] *Supra* §54
[995] *Supra* §55
[996] *Supra* §56 et s.

L'ignorance légitime du créancier est l'un des faits générateurs de l'obligation d'information précontractuelle en droit commun des contrats. Seule la personne qui n'a pas la possibilité de prendre connaissance par elle-même des informations déterminantes pour son consentement doit être renseignée. Cette règle peut être transposée en droit de la distribution si on est en face d'un distributeur professionnel (1) ou encore en droit bancaire si le client est une personne avertie (2).

1. L'obligation pour le distributeur professionnel de s'informer

En droit de la distribution, l'article L.330-3 du Code de commerce met à la charge des fournisseurs de remettre aux distributeurs un document d'information précontractuelle avant la signature du contrat[997]. Toutefois, si le distributeur est un professionnel, on présume qu'il connaît déjà les informations que devait lui transmettre le fournisseur. Ce qui exonère ainsi ce dernier de son obligation d'information précontractuelle. En outre, il ne peut pas y avoir d'obligation d'information si le concept qui va être mis à la disposition du distributeur est novateur.

185. Le distributeur professionnel est présumé connaître l'information déterminante pour son consentement. Même si les dispositions de l'article L.330-3 du Code de commerce ne font pas une distinction des compétences des parties pour l'exécution de l'obligation d'information, il est permis aujourd'hui d'affirmer, sur le fondement des dispositions du droit commun des contrats, que le distributeur qui est en mesure de se renseigner ne peut être créancier d'une obligation d'information précontractuelle. En effet, selon le nouvel article 1112-1 du Code civil, le créancier d'un devoir d'information doit ignorer légitimement l'information déterminante pour son consentement[998]. Ainsi, un distributeur qui est en mesure d'obtenir par ses propres moyens toutes les informations listées par l'article R.330-1 du Code de commerce ne peut être créancier d'obligation d'information précontractuelle[999]. Il est obligé de se renseigner lui-même.

---

[997] *Supra* §169 et s.

[998] *Supra* §26

[999] M. Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, 4e éd., Sirey, 2018, §264 ; F. Buy, M. Lamoureux, J-C. Roda, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, §84 ; N. Dissaux, « L'obligation d'information mise à la charge du franchiseur », in Information, mise en garde, compétence, etc. Toujours plus d'informations à la charge du professionnel, colloque ; Paris, 2011, *art. cit*., p. 1072 ; *adde* : R. Loir. « L'information du franchisé sur le futur », *D*. 2012, p.1425 ; J. -M. Leloup, « Les rapports juridiques dans le contrat de franchise**Erreur ! Signet non défini.** : analyse du contrat de franchise**Erreur ! Signet non défini.** », in *Aspect Juridiques de la*

Toutefois, il faut relever que le caractère professionnel du distributeur doit s'apprécier par rapport à son vécu, mais aussi par rapport au concept qu'il entend exploiter. Le distributeur doit avoir exercé une activité professionnelle dans le même domaine que le concept. Par ailleurs, la durée d'exploitation du concept doit être suffisamment étalée dans le temps pour permettre d'acquérir de solides connaissances dans le secteur du concept. Si ces conditions sont réunies, le distributeur ne doit pas compter sur son cocontractant pour obtenir les informations qui sont déterminantes pour son consentement. Il doit lui-même prendre les devants et se renseigner. À défaut, il ne pourra pas ultérieurement demander la nullité du contrat ou des dommages et intérêts pour manquement à une obligation d'information précontractuelle.

C'est la position que la Cour de cassation a adoptée dans quatre des dix arrêts rendus le 5 janvier 2016[1000]. Dans l'ensemble de ces affaires, des franchisés reprochaient à leur franchiseur d'avoir manqué à son obligation d'information précontractuelle. Ils soutenaient qu'il n'avait pas fait une présentation de l'état général et local du marché des produits devant faire l'objet du contrat et les perspectives de développement de ce marché. Dans les quatre espèces, les franchisés étaient des professionnels relativement au concept de la franchise. Ils avaient travaillé pendant longtemps dans le secteur d'activité de la franchise et avaient acquis une solide connaissance dans le secteur. C'est en considération de ces éléments que les juges du droit ont approuvé les juges du fond d'avoir refusé d'annuler les contrats de franchise pour manquement à une obligation d'information précontractuelle. Dans la première espèce, les juges avaient estimé que « l'expérience acquise par ce dernier *[le franchisé]* dans le domaine des assurances et l'exploitation, depuis 2006, d'un point de vente sous franchise Assurtis dans la région de La Rochelle lui permettaient de connaître les enjeux de son nouvel investissement… »[1001]. Dans la deuxième affaire, la haute Cour note que « …ces derniers [*les cogérants de la franchise]* avaient une expérience professionnelle, acquise, dans le domaine de l'assurance pour l'un, dans le secteur du courtage et de la banque pour l'autre ;[…] qu'en l'état de ces constatations et

franchise, art. cit., p. 19 ; L. Vogel (sous dir) *La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats : États-Unis, Union européenne, France, Allemagne, Italie, op. cit.,* §101 ; N. Dissaux, « Pauvre "loi Doubin"… », *art. cit.,* p. 1235

[1000] Cass.com., 5 janvier 2016, n° 14-15.700, 14-15.701, 14-15.702, 14-15.703, 14-15.704, 14-15.705, 14-15.706, 14-15.707, 14-15.708 et 14-15.710

[1001] Cass. com. 5 janvier 2016 n° 14-15.701, D. 2017, p. 881, obs. D. Ferrier ; Contrat, conc. Consom. 2016, comm. 65, Obs. M. Malaurie-Vignal ; JCP E 2016, 1235, note N. Dissaux ; A-C. Martin, Concurrences, n° 2, 2016

appréciations, la Cour d'appel […]a légalement justifié sa décision ; »[1002]. Dans la troisième affaire, la Cour de cassation approuve les juges du fond qui avaient décidé que « celui-ci *[le franchisé]* exerçait la profession de courtier en produits bancaires et assurances depuis le mois de janvier 1996 dans la ville d'Haubourdin ; qu'il en déduit que M. X...*[le franchisé]* avait une bonne connaissance du marché local dans lequel il évoluait depuis vingt ans… »[1003]. Dans la quatrième affaire, la haute Cour approuve les juges du fond qui avait constaté que « M. C. *[le franchisé]* exerçait depuis vingt-huit ans une activité de courtage en matière d'assurance et de crédit dans la ville de Rouen, et qu'il a également exercé une activité de courtier en finances, de 1989 à 2006, dans la région d'Évreux »[1004].

Même si ces arrêts n'ont pas eu les honneurs du bulletin, la Cour de cassation semble dire, de manière péremptoire, que les distributeurs professionnels, au regard du concept mis à disposition, n'ont pas droit à une obligation d'information précontractuelle. Tel doit être aussi le cas si le concept est novateur.

186. Le distributeur professionnel doit s'informer lui-même lorsque le concept qui sera mis à sa disposition est novateur. En plus des compétences du distributeur, la nouveauté du concept mis en franchise peut exonérer le franchiseur de toute obligation d'information sur la présentation de l'état général et local du marché des produits devant faire l'objet du contrat et les perspectives de développement de ce marché. En effet, conformément aux nouvelles dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, une partie n'est tenue de renseigner son cocontractant que si elle connaît une information déterminante pour le consentement de ce dernier[1005]. Or, cette connaissance de l'état général et local du marché et des perspectives de développement d'un concept nouveau est impossible. La nouveauté du concept prive le franchiseur d'informations réelles et pertinentes sur le marché. La connaissance du concept par rapport au marché n'intervient qu'après une exploitation suffisamment longue de celui-ci. Dès lors, un concept qui n'a pas encore enregistré suffisamment de résultats ne peut permettre à son propriétaire d'évaluer son impact sur un marché donné. Même si la Cour de cassation a laissé

[1002] Cass. com. 5 janvier 2016 n° 14-15.702, D. 2017, p. 881, D. Ferrier ; Contrat, conc. Consom. 2016, comm. 65, Obs. M. Malaurie-Vignal ; JCP E 2016, 1235, note N. Dissaux; A-C. Martin, Concurrences, n° 2, 2016

[1003] Cass. com. 5 janvier 2016 n° 14-15.705 ; p. 881, D. Ferrier ; Contrat, conc. Consom. 2016, comm. 65, Obs. M. Malaurie-Vignal ; JCP E 2016, 1235, note N. Dissaux; A-C. Martin, Concurrences, n° 2, 2016

[1004] Cass. com. 5 janvier 2016 n° 14-15.706, p. 881, D. Ferrier ; Contrat, conc. Consom. 2016, comm. 65, Obs. M. Malaurie-Vignal ; JCP E 2016, 1235, note N. Dissaux; A-C. Martin, Concurrences, n° 2, 2016

[1005] *Supra* §17 et s.

entendre le contraire dans cinq de ses dix arrêts rendus le 5 janvier 2016[1006], force est de constater que le franchiseur d'un concept nouveau ne détient pas assez d'information qui pourrait influencer le consentement d'un franchisé.

Mais, la notion de concept novateur n'est pas facile à apprécier et la Cour de cassation ne facilite pas la tâche aux franchiseurs dans ces précédentes décisions[1007]. En effet, on peut se demander si la notion renvoie à un concept qui vient d'être créé par le franchiseur sans l'avoir encore exploité ou à un concept que le franchiseur exploite depuis un certain temps relativement court. Tout porte à croire que c'est sur cette dernière hypothèse qu'il faut se placer pour apprécier la nouveauté du concept. En effet, le contrat de franchise étant une réitération de réussite, il n'est pas possible de mettre un concept en franchise sans l'avoir au préalable exploité. Tout compte fait, si la nouveauté est constatée, le franchisé doit se renseigner lui-même sans attendre le franchiseur, comme pour l'emprunteur averti.

2. L'obligation pour l'emprunteur averti de s'informer

En droit bancaire, lorsque l'emprunteur est une personne avertie, le banquier n'est pas tenu de le mettre en garde encore moins de le conseiller[1008]. Sous l'impulsion des nouvelles obligations d'information du droit commun des contrats, il doit se renseigner lui-même sur les informations qui peuvent intéresser son consentement.

187. Le devoir de mise en garde du banquier ne profite pas à celui qui est jugé averti. Le banquier dispensateur de crédit est tenu d'un devoir de mise en garde envers ses clients non avertis[1009]. La mise en garde est une déclinaison de l'obligation d'information précontractuelle. Elle consiste à prévenir des risques pouvant résulter du contrat envisagé. Il s'agit là d'une

[1006] Cass. com. 5 janvier 2016, n° 14-15.700 ; n° 14-15.703 ; n° 14-15.704 ; n° 14-15.707 ; n° 14-15.708 : la haute Cour reproche dans ces décisions aux juges du fond, qui ont refusé aux franchisé la qualité de créancier d'une obligation d'information précontractuelle, de ne pas avoir « préciser en quoi l'expérience du franchisé, acquise dans le seul secteur de l'assurance, était suffisante pour lui permettre d'apprécier l'état du marché local d'un concept novateur alliant crédit et assurance ».

[1007] A-C. Martin, note sous Cass. com., 5 janvier 2016, n° 14-15.700 ; n° 14-15.701 ; n° 14-15.702 ; n° 14-15.703, n° 14-15.704 ; n° 14-15.705 ; n° 14-15.706 ; n° 14-15.707 ; n° 14-15.708 ; n° 14-15.710, « La Cour de cassation rappelle l'importance d'adapter les informations transmises en fonction du profil du candidat à la franchise (Assurtis) », *Concurrences,* n° 2, 2016

[1008] M. Tchendjou, Droit des obligations, Vuibert, 2015, p. 100

[1009] S. Agabayissah, F. Julien, « Banquier dispensateur de crédit, emprunteurs non avertis et devoir de conseil », in *Mél. en l'honneur de Jean-jacques Daigre*, Joly, 2017, p. 379

obligation d'information précontractuelle d'avertissement[1010]. Mais, cette obligation ne pèse pas sur le banquier si l'emprunteur est une personne avertie[1011]. Par personne avertie, il faut entendre toute personne qui a des compétences pour apprécier les avantages et les inconvénients d'un contrat de prêt[1012]. Pour ce faire, il faut se fonder sur un certain nombre de faisceaux d'indices[1013], notamment la profession de l'emprunteur, son niveau d'étude, l'habitude de faire ou non des prêts de même nature[1014]. Si plusieurs indices permettent de déduire que l'emprunteur a les compétences nécessaires pour apprécier les risques liés à ses prêts, le banquier n'est pas tenu de le mettre en garde[1015].

Toutefois, la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation n'ont pas toujours eu la même lecture quant à l'obligation pour le banquier de mettre en garde ses clients. En effet, dans un premier temps, la première chambre civile estimait que le banquier dispensateur de crédit était tenu d'un devoir de mise en garde à l'égard de tous ses clients[1016]. Mais, la première chambre civile limitait ensuite sa position aux emprunteurs non avertis dans une série d'arrêts rendus le 12 juillet 2005[1017]. Au même moment, la chambre commerciale estimait le contraire de la première chambre civile en refusant d'imposer au banquier tout devoir de mise en garde[1018] avant de se rallier à elle en 2006[1019]. C'est pourquoi, en 2007, par un arrêt

---

[1010] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *op. cit.*, §11 ; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 14e éd., LGDJ, 2021, §627

[1011] M. Bourassin, V. Brémond, *Droit des sûretés,* 7e éd., Sirey, 2019, §168 ; C. Le Gallou, *Droit des sûretés,* Bruylant, 4e éd., 2021, 69 ; St. Piédelièvre, *Droit des sûretés,* 3e éd., ellipses, 2022, §91

[1012] D. Legeais, « Responsabilité du banquier fournisseur de crédit », *JCl. Commercial*, fasc. 346, 2015, n° 22 ; *adde* : Cass. 1re civ., 28 novembre 2012, n° 11-26477.

[1013] J. Martin, « La première reconnaissance, avec rigueur, de l'absence de caractère averti d'une commune en cassation », RD bancaire et fin., n° 3, 2021, comm. 50

[1014] D. Legeais, « Responsabilité du banquier fournisseur de crédit », *ibid.,* n° 22

[1015] Ph. Neau-Leduc, A. Périn-Dureau, C. Neau-Leduc, *Droit bancaire*, D. 6e éd. 2018, § 238 ; C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire*, 9e éd, LexisNexis, 2015, §324

[1016] Cass. 1re civ., 27 juin 1995, n° 92-19.212, Bull. civ. I, n° 287, JCP E 1996, II, n° 772, note Legeais D., RTD civ. 1996, p. 384, obs. J. Mestre

[1017] Cass. 1re civ., 12 juillet 2005, no 02-13.155, Bull. civ. I, n° 324 ; Cass. 1re civ., 12 juillet 2005, n° 03-10.770, Bull. civ. I, n° 325 ; Cass. 1re civ., 12 juillet 2005, n° 03-10.115, Bull. civ. I, n° 326 ; Cass. 1re civ., 12 juillet 2005, n° 03-10.921, Bull. civ. I, n° 327, JCP G 2005, II, n° 10140, note A. Gourio ; JCP E 2005, 1359, note D. Legeais.; D. 2006, p. 167, obs. D. Martin, Synvet H. ; Banque et droit 2005, n° 104, p. 80, obs. Th. Bonneau

[1018] Cass. com., 26 mars 2002, no 99-15.989, D. 2002, p. 1341, note A Lienhard ; RTD com. 2002, p. 523, note M. Cabrillac ; RTD civ. 2002, p. 507, note J. Mestre, B. Fages; JCP E 2002, 852, note A. Gourio

[1019] Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-15.517, Bull. civ. IV, n° 101 ; Cass. com., 3 mai 2006, n° 02-11.211, Bull. civ. IV, n° 102, JCP G 2006, II, n° 10122, 2e et 3e esp., note A. Gourio ; JCP E 2006, 1890, obs. D. Legeais ; RD bancaire et fin. 2006, n° 3, p. 20, obs. D. Legeais ; RD bancaire, n° 4, p. 12, note F-J. Crédot, Th. Samin

rendu en chambre mixte, la Cour de cassation posait clairement le principe selon lequel le banquier ne doit mettre en garde son client que si celui-ci est une personne non avertie[1020].

Ainsi, même si l'inexistence d'une obligation de mise en garde des personnes averties est acquise en jurisprudence, les obligations d'information de droit commun, notamment l'article 1112-1 du Code civil, intensifient cette solution. En effet, en vertu de cette disposition, le créancier qui ignore illégitimement une information ne peut pas demander à être renseigné par son cocontractant[1021]. Dans le cadre d'une opération bancaire, les personnes averties peuvent être considérées comme des personnes dont l'ignorance ne peut être légitime. Ce qui les oblige dès lors à se renseigner elles-mêmes. La même exigence peut être relevée si on est devant un devoir de conseil.

188. Le devoir de conseil du banquier ne profite pas à celui qui est jugé averti. Au même titre que le devoir de mise en garde, le devoir de conseil ne doit être dû qu'à celui qui n'a pas les moyens de mesurer les risques liés au contrat qu'il conclut. À la différence du devoir de mise en garde, le devoir de conseil est un devoir de recommandation dans la mesure où le professionnel du crédit ou de l'assurance est tenu de renseigner son client aussi bien sur les avantages que sur les inconvénients du contrat[1022]. Mais, si le client est en mesure de mesurer lui-même les risques liés au contrat, le professionnel n'est pas tenu de l'aiguillier dans ses choix contractuels[1023]. Cette solution est acquise depuis très longtemps en jurisprudence[1024]. Néanmoins, avec les nouvelles obligations d'information du droit commun des contrats, la solution sera plus lisible. En effet, l'article 1112-1 du Code civil ne subordonne l'exécution de l'obligation d'information précontractuelle qu'au profit d'une personne ignorante légitimement l'information intéressant son consentement[1025]. Ainsi, dès l'instant que l'ignorance illégitime d'une personne est établie, le professionnel est exonéré de son obligation d'information précontractuelle.

[1020] Cass., Ch. mix., 29 juin 2007, 05-21.104, Bull. civ. ch. mix., n° 7, RTD com. 2007, p.579, D. Legeais *adde* : Cass. com., 17 avril 2019, n° 18-11.895, JurisData n° 2019-006241 ; Cass. com. 2 juin 2021, n° G 17-31.746, Banque & Droit n° 199, note Th. Bonneau

[1021] J. L. Capdeville, « Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire, étude prospective », *art. cit.*, p. 1434

[1022] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, *op. cit.,* §11 ; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, *op. cit.,* § 627 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit*., §313

[1023] M. Asselain, note sous Cass. 2e civ., 4 juillet 2019, n° 18-18.437, « Obligation d'information et devoir de conseil du banquier », *JCP E,* n° 43-44, 2020, p. 1413

[1024] Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, P+B : JurisData n° 2007-037777 ; Resp. civ. et assur. 2007, étude 8, G. Courtieu ; RGDA 2007, p. 397, note J. Kullmann ;

[1025] *Supra* §17 et s.

En somme, la teneur de l'obligation d'information précontractuelle s'atténue dans les contrats de distribution, bancaire ou d'assurance, si le créancier de celle-ci avait la possibilité de se renseigner lui-même sans l'aide de son cocontractant. Ce même constat peut être fait en cas de défaut de confiance du créancier en son débiteur.

B. La généralisation de l'obligation de s'informer en cas de défaut de confiance au débiteur

Avec les obligations d'information du droit commun des contrats, désormais en droit spécial, lorsque le créancier ne fait pas confiance à son partenaire contractuel, il ne doit pas attendre d'être renseigné par celui-ci. Il doit prendre les devants en allant à la quête de l'information. Cette situation peut advenir si la confiance du créancier envers le débiteur est illégitime (1) ou non effective (2).

1. L'obligation de s'informer du créancier en cas de confiance illégitime

Pour être créancier d'une obligation d'information précontractuelle en droit commun des contrats, il faut nécessairement avoir une confiance légitime en l'autre partie[1026]. Cette condition peut être étendue aux obligations spéciales d'information sous l'effet de l'article 1105 du Code civil. Ce qui obligerait ainsi le créancier de l'obligation d'information précontractuelle à s'informer si sa confiance au débiteur est exagérée ou si le contrat qu'entendent conclure les parties n'est pas un contrat de confiance.

189. Le créancier de l'obligation d'information doit s'informer si sa confiance au débiteur est exagérée. Comme en droit commun des contrats, tout créancier d'une obligation d'information précontractuelle relevant du droit spécial est tenu de se renseigner si sa confiance au débiteur est exagérée. Autrement dit, le débiteur ne sera pas tenu pour responsable des manques de diligences de son créancier. Ayant privilégié le sentimental au raisonnable, le créancier doit assumer ses choix. En effet, s'il ne lui est pas interdit d'avoir confiance en son cocontractant, il lui est toutefois défendu de se reposer entièrement sur celui-ci. Il doit être curieux, en demandant au débiteur les informations qui intéressent son consentement. Il doit vérifier l'exactitude des informations reçues chaque fois qu'il a la possibilité de le faire.

[1026] *Supra* §28 et s.

Dès lors, en droit de la distribution par exemple, le franchisé qui fait exagérément confiance au franchiseur, sans tenter d'obtenir toutes les informations déterminantes pour son consentement, ne peut pas être victime d'un manquement à une obligation d'information précontractuelle[1027]. Au-delà de la réception du document d'information précontractuelle, le franchisé a l'obligation d'être curieux en analysant les informations reçues du franchiseur, mais également de demander la fourniture des informations déterminantes non contenues dans le document d'information précontractuelle. De même, en matière de cession de titres sociaux ou de restructuration, le cessionnaire ne doit pas avoir entièrement confiance au cédant en fondant son consentement uniquement sur les données de la *data rooms*[1028].

190. Le créancier de l'obligation d'information doit s'informer si le contrat n'est pas un contrat de confiance. Au même titre que la confiance exagérée, le créancier d'une obligation d'information précontractuelle doit se renseigner lui-même si le contrat ne relève pas de la nature des contrats de confiance. Mais, il faut quand même reconnaître qu'en droit spécial, il serait très rare de voir des cocontractants qui ne se font pas confiance, surtout en droit des contrats d'affaires[1029]. En effet, dans la plupart des contrats relevant d'un droit spécial, le créancier s'abandonne à son débiteur. Beaucoup de relations sont donc des rapports de confiance.

Un franchisé ne demande pas à s'affilier à un réseau de distribution s'il ne fait pas confiance au franchiseur. Il en est de même des contrats bancaires, des contrats d'assurance et des contrats de consommation ; le créancier contracte parce qu'il espère que son partenaire satisfera ses attentes. Ainsi, partant de ce constat, le devoir général d'information se trouvera limité dans son application en droit spécial surtout si l'exigence d'une ignorance légitime et le défaut de confiance sont des conditions alternatives[1030].

Mais, cette limitation ne va pas empêcher de soutenir que le devoir de s'informer du droit commun des contrats ne sera pas généralisé dans les droits spéciaux. Le même argument est aussi valable lorsque la confiance au débiteur n'est pas effective.

2. L'Obligation de s'informer du créancier en cas de confiance non effective.

[1027] *Supra* §169 et s.

[1028] *Supra* §198 et s.

[1029] J. Vogel, « Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? Une nécessité pour l'économie et les entreprises françaises », *art. cit.* p. 470

[1030] A. Riéra, « L'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de distribution après la réforme du droit des contrats », *art. cit.* p.155

On ne peut pas être créancier d'une obligation d'information précontractuelle si la confiance qu'on a envers l'autre partie n'est pas effective. Dans une telle situation, le créancier doit se renseigner lui-même. Cette règle du droit commun des contrats trouvera une application en droit spécial notamment si le créancier a des doutes sur le débiteur ou s'il a été en conflit avec ce dernier.

191. Le créancier de l'obligation d'information doit s'informer s'il a des doutes sur le débiteur. La confiance au débiteur est l'un des faits générateurs de l'obligation d'information en droit commun des contrats[1031]. Dès l'instant qu'une partie fait confiance à son futur cocontractant, cette dernière est obligée de lui délivrer toutes les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat et la qualité des parties. Toutefois, cette obligation d'information ne peut exister que si la confiance est réelle. Dès lors, s'il existe des doutes envers le débiteur, on ne peut plus se fonder sur la confiance pour réclamer l'exécution d'une obligation d'information précontractuelle. En effet, si une partie ne croit pas les dires de son futur partenaire ou s'il doute sur les capacités de celui-ci à exécuter correctement le contrat ou encore s'il estime qu'on lui cache des informations, elle ne doit plus attendre d'être renseignée. Elle doit prendre les devants en allant à la quête de la bonne information. À défaut, elle commettrait une faute de négligence qui ne pourrait être effacée que par la mauvaise foi du débiteur sur le fondement de l'erreur provoquée[1032].

Ainsi, dans un contrat de franchise, le franchisé doit se renseigner lui-même s'il a des doutes sur le réseau auquel il entend s'affilier ou s'il émet des doutes sur les informations contenues dans le document d'information précontractuelle. En matière de cession de titres sociaux, le cessionnaire doit s'auto-informer s'il doute de la sincérité du cédant.

192. Le créancier de l'obligation d'information doit s'informer s'il a été en conflit avec le débiteur. Il n'y a pas d'obligation d'information précontractuelle sur le fondement de la confiance si le créancier a été une fois en conflit avec son cocontractant. En effet, le contentieux, quelle que soit sa cause ou sa nature par rapport au contrat, exonère le débiteur de toute obligation d'information précontractuelle envers le créancier. Cette exonération s'explique par le fait que le conflit empêche l'instauration de toute forme de confiance entre les parties. Si l'on assigne quelqu'un en justice, c'est parce que la personne a trahi notre confiance. C'est cette trahison qui empêche toute exigence d'obligation d'information sur le fondement de la confiance.

[1031] *Supra* §28 et s.

[1032] Art. 1136 C. civ. *adde* : Cass. 3e civ., 21 février 2001, n° 98-20.817, JCP N, 2001, n° 40, p. 1633, A. Constantin ; JCP E, 2002, n° 20, p. 809, P. Chauvel ;

Ainsi, en droit spécial, en application des règles de l'obligation d'information de droit commun sur la confiance, un futur franchisé est tenu de se renseigner lui-même sur les éléments déterminants pour son consentement s'il a été en conflit avec son franchiseur.
Toutefois, cette obligation n'est valable que si le franchisé estime qu'il avait droit à l'information sur le fondement de la confiance. Il peut toujours se faire informer par le franchiseur sur le fondement de l'ignorance qui est un autre fait générateur de l'obligation d'information précontractuelle.
En définitive, il y a une réelle atténuation des obligations d'information spéciale par les obligations d'information du droit commun des contrats. Cet assouplissement est visible si l'on se fonde sur la situation du créancier de l'information. Le même constat peut être fait si l'on s'appuie sur la nature de l'information à délivrer.

§2 : La généralisation de l'obligation de s'informer découlant de la nature de l'information

En droit commun, le législateur de la réforme exonère expressément le débiteur d'une obligation d'information précontractuelle de mettre à la disposition du créancier des informations sur la valeur des prestations échangées. Ce qui veut dire qu'il appartient à chacune des parties de se renseigner sur la valeur des prestations. Cet assouplissement du devoir d'informer peut être étendu aux obligations spéciales d'information. C'est ainsi qu'en droit de la distribution, il appartient au distributeur de se renseigner sur la rentabilité économique du contrat qu'il entend conclure (A) et en matière de cession de titres sociaux, les parties doivent se renseigner elles-mêmes à la fois sur la valeur et sur les négociations parallèles (B).

A. L'obligation de s'informer sur la rentabilité du contrat en droit de la distribution

La notion de valeur est difficile à déterminer en droit de la distribution. Renvoie-t-elle à la valeur de l'élément mis à la disposition du franchisé ou à la rentabilité globale de l'entreprise du franchisé[1033]? Selon la conception retenue, les informations à délivrer ne seront pas les mêmes. En effet, si la valeur concerne celle du bien mis à disposition, le débiteur ne doit pas

[1033] A. Riéra, « L'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de distribution après la réforme du droit des contrats », *art. cit.*, p. 155; B. Fages, note sous Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-19.047 ; Cass. com. 10 juillet 2012, n° 11-21.966, « La rentabilité et la viabilité de l'entreprise peuvent être objet d'erreur ou de réticence dolosive », *RTD civ.,* 2012, p. 724

renseigner le créancier sur la valeur de celui-ci. S'il s'agit d'une marque, il n'y aura pas d'obligation d'information sur la notoriété de celle-ci. Quant à la rentabilité globale de l'entreprise du franchisé, il faut noter que celle-ci ne renvoie pas forcément à la notion de valeur. La rentabilité c'est le bénéfice que pourrait réaliser le vendeur en se séparant d'un objet. Dès lors, la rentabilité renvoie au résultat final de l'opération alors que la valeur est liée à ce que vaut en argent le bien mis à la disposition du créancier. Si la rentabilité du service intéresse nettement le créancier, la valeur du service ne l'intéresse pas nécessairement. Ce que vaut en argent la marque est peu déterminant. Ce qui intéresse le franchisé, c'est le revenu qu'il pourrait tirer de cette location. Or on sait que la meilleure manière de connaître cette rentabilité c'est d'établir des comptes prévisionnels. Mais ces derniers souffrent d'une exclusion (1). Ce qui fait qu'il ne peut pas y avoir d'erreur sur la rentabilité économique du contrat (2).

1. L'exclusion de la délivrance d'un compte prévisionnel

Le compte prévisionnel est un document précontractuel qui fait une prévision du bilan de l'activité du futur distributeur[1034]. Il permet à la partie qui veut s'engager dans un réseau de distribution d'avoir entre ses mains une évaluation économique de son projet. Ce qui est très intéressant pour les distributeurs. Toutefois, les dispositions des articles L.330-3 et R.330-1 du Code de commerce n'obligent aucunement les fournisseurs à délivrer des comptes prévisionnels aux distributeurs. Dès lors, en application des obligations d'information précontractuelle de droit commun, il appartient aux distributeurs de se renseigner sur la rentabilité économique du projet même si cette obligation est critiquable.

193. Il incombe au distributeur de se renseigner sur la rentabilité économique de son projet. Le propriétaire d'un réseau de distribution n'est pas tenu de renseigner ses futurs distributeurs sur la rentabilité économique de leurs projets en leur délivrant des comptes prévisionnels. Si un candidat veut connaître ses chances de réussite, il lui appartient de se renseigner sur la viabilité de son projet. Cette exigence s'explique par plusieurs raisons. D'abord, le fournisseur n'est pas tenu de faire une étude de marché chaque fois que quelqu'un veut intégrer le réseau[1035]. Il ne dispose pas non plus des prévisions de rentabilité sur tous ses

[1034] F-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand,* préf. Claude Witz, Litec, 2002, p. 209

[1035] N. Ferrier, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur les contrats de distribution », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires,* F. Barbière (dir.), *Lexisnixis*, 2017, p. 135

points de distribution[1036]. Ensuite, l'obligation du fournisseur ne concerne que la transmission d'un savoir-faire avec un certain nombre de techniques de commercialisation. Il n'est pas tenu à une garantie de réussite envers ses futurs distributeurs[1037]. En outre, l'affiliation à un réseau de distribution crée un nouveau fonds de commerce ; cette nouveauté empêche toute évaluation sérieuse sur la future rentabilité du fonds[1038]. C'est là qu'intervient la distinction entre l'affiliation à un réseau de distribution et la cession de fonds de commerce. En effet, dans la cession de fonds de commerce, on a une information sur la valeur du fonds parce que, tout simplement, le fonds existe, il a déjà fait des résultats tangibles[1039]. Alors qu'avec l'affiliation à un réseau de distribution, le fonds de commerce créé par celle-ci n'existait pas auparavant. Il est donc difficile, voire impossible, d'évaluer sa valeur. Enfin, le fournisseur n'est pas tenu de renseigner son futur distributeur sur la rentabilité de son projet parce que tout simplement ce dernier est un commerçant indépendant. Il assume donc seul, à ses risques et périls[1040], son engagement contractuel[1041].

Dès lors, l'information relative à la rentabilité économique du contrat en droit de la distribution, si elle peut être considérée comme une information déterminante, est une limite à l'obligation d'information précontractuelle au même titre que l'information sur la valeur des prestations en droit commun des contrats[1042]. Il appartient ainsi aux candidats d'un réseau de distribution de se renseigner sur la rentabilité économique de leurs contrats. C'est pourquoi la Cour de cassation avait jugé que « si les articles L.330-3 et R.330-1 du Code de commerce mettent à la charge du franchiseur la communication d'un état et des perspectives du marché concerné, elles ne lui imposent pas la fourniture d'une étude du marché local »[1043]. Il incombe au franchisé de conduire lui-même l'étude du marché local[1044]. D'ailleurs, il a été jugé que l'erreur sur la

---

[1036] N. Ferrier, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur les contrats de distribution », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires,* F. Barbière (dir.), *art. cit.*, p. 135

[1037] F-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand, op. cit.,* p. 209

[1038] J. -M. Leloup, *La franchise, droit et pratique*, Delmas, *op. cit.,* § 903

[1039] J.-M. Leloup, *La franchise, droit et pratique*, Delmas, *loc. cit.*

[1040] Cass. 3e civ., 27 mars 2002, n° 00-20.732, D. 2002. 2400, note H. Kenfack ; AJDI 2002, p. 376, obs. J-P. Blatter ; RTD com. 2002, p. 457, obs. B. Saintourens

[1041] A. Lecourt, note sous Cass. com., 21 octobre 2014, n° 13-11.186, « Appréciations strictes de la nullité du contrat de franchise », *AJCA*, 2015, p. 44

[1042] A. Riera, « La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise », *AJCA,* 2016, p. 20

[1043]Cass. com. 25 mars 2014, n° 12-29.675 *adde :* Cass. com., 19 janvier 2010, n° 09-10.980, D. 2010, p. 320, obs. E. Chevrier, et 2011. 549, obs. D. Ferrier ; Cass. com. 11 février 2003, n° 01-03.932, D. 2003. 2304, note H. Kenfack.

[1044] Cass. com. 27 avril 2011, n° 10-15.436, D. 2012. 584, obs. D. Ferrier

rentabilité ne peut pas entraîner la nullité du contrat si elle ne découle pas des informations communiquées par le franchiseur[1045].

194. L'exclusion de la délivrance d'un compte prévisionnel est critiquée par une partie de la doctrine. Selon une partie de la doctrine, les informations que le fournisseur délivre à ses futurs distributeurs sont insuffisantes pour les renseigner plus exactement sur leurs projets. Pour combler cette insuffisance, le fournisseur devrait fournir aussi un compte prévisionnel à ses futurs distributeurs[1046]. En effet, le fournisseur, contrairement à la personne qui veut intégrer le réseau, détient des informations essentielles sur les chances de succès de chaque projet de distribution. Il a à sa portée une étude de marché avec le bilan des autres distributeurs du réseau. Il lui suffit de délivrer le bilan d'un distributeur au candidat pour que celui-ci puisse se faire une idée précise de la faisabilité de son projet.

À défaut d'une telle information, le fournisseur peut donner les coordonnées de ses distributeurs semblables à celui que veut lancer le candidat afin que ce dernier puisse prendre contact directement avec eux et obtenir toutes les informations relatives à la rentabilité de son projet. En fonction de ses ambitions futures, le fournisseur peut orienter le futur distributeur sur ses choix contractuels ou ses techniques de distribution.

Par ailleurs, en étant en mesure de délivrer aux candidats l'état et les perspectives de développement du marché, le fournisseur peut aisément établir des prévisions de rentabilité du projet de distribution sans se mettre en danger contractuellement[1047]. L'information ainsi délivrée, même si elle s'avère par la suite décalée de la réalité, ne peut entraîner des répercussions sur le fournisseur si les données délivrées au candidat étaient sincères. C'est pourquoi, dans une telle situation, le candidat ne pourrait pas invoquer une erreur sur la rentabilité économique du contrat pour se soustraire de ses engagements contractuels.

2. L'exclusion de l'erreur sur la rentabilité économique

[1045] Cass. com. 24 juin 2020, n° 18-15.249 : JCP E 2020, n° 1443, note N. Dissaux ; Contrat conscience. Consom., 2020, n° 138, obs. Malaurie-Vignal.

[1046] R. Loir, « L'information du franchisé sur le futur », *art. cit.,* p. 1425 ; N. Dissaux, « Pauvre "loi Doubin"… », *art. cit.,* p. 1235; N. Dissaux, « L'obligation d'information mise à la charge du franchiseur », in Information, mise en garde, compétence, etc. Toujours plus d'informations à la charge du professionnel, colloque ; Paris, 2011, *art. cit.*, p. 1072

[1047] N. Ferrier, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur les contrats de distribution », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires,* F. Barbière (dir.), *art. cit.*, p. 135

L'exclusion de la remise d'un compte prévisionnel au futur distributeur a pour principale conséquence une exclusion de l'erreur sur la rentabilité économique du contrat. La partie qui fait une mauvaise appréciation économique de son contrat ne peut s'y soustraire en invoquant une erreur sur la rentabilité économique. Celle-ci est indifférente[1048]. Toutefois, il peut arriver que la mauvaise appréciation économique du contrat par le futur distributeur soit considérée comme une erreur excusable.

195. L'erreur sur la rentabilité économique est en principe indifférente. L'erreur portant sur la rentabilité économique du contrat n'est pas une erreur sur les qualités essentielles de la prestation, c'est-à-dire sur celles qui ont été expressément ou tacitement arrêtées entre les parties[1049]. Dès lors, le fait qu'un futur distributeur se trompe sur la rentabilité économique de sa relation contractuelle peut être considéré comme une erreur indifférente aux mêmes titres que l'erreur sur les motifs ou l'erreur sur la valeur[1050]. La victime d'une telle tromperie ne peut pas se délier de son engagement du seul fait de cet événement. Il est tenu de poursuivre sa relation contractuelle. En effet, admettre l'erreur dans une telle situation c'est accorder un effet de droit à la lésion. Or, en principe, dans un contrat synallagmatique, le défaut d'équilibre des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat[1051].

Par ailleurs, l'erreur sur la rentabilité économique du contrat de distribution peut aussi être indifférente même si le fournisseur a remis au distributeur des comptes prévisionnels qui ont déterminé son consentement. En effet, le simple fait qu'il y ait une remise de comptes prévisionnels ne suffit pas pour que l'erreur qui en résulte soit considérée comme excusable. En effet, si le document est sincère et proche des résultats obtenus, l'erreur ne peut être encourue[1052]. Dans une telle situation, la faute du candidat prend le dessus sur la faute non intentionnelle du fournisseur pour bloquer toute invocation d'erreur sur la rentabilité économique du contrat[1053]. Toutefois, si le compte prévisionnel est exagéré, l'erreur sur la rentabilité peut être prise en compte.

196. Exceptionnellement, l'erreur sur la rentabilité économique peut être admise. Si, lors de la conclusion d'un contrat de distribution, le fournisseur n'est pas tenu de remettre aux

---

[1048] Art. 1136 C. civ.

[1049] Art. 1133 al. 1er C. civ.

[1050] A. Lecourt, note sous CA Paris, 19 avril 2017, n° 15/13790, « Commission-affiliation et prévisionnel fantaisiste : confirmations », *AJ contrat*, 2017, p. 291

[1051] Art. 1168 C. civ. *adde* : C. Grimaldi, « Vers un contrôle généralisé de la lésion en droit français », *art. cit*., 388 ; G Chantepie, « La lésion, entre désir et déni », *AJ contrat,* 2018, p. 104

[1052] CA Paris, Pôle 5, 4e ch., 7 janvier 2015, n° 12/19741

[1053] M. Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, §263

différents candidats un compte d'exploitation prévisionnel, rien ne lui interdit tout de même de remettre librement un tel document à ses candidats. S'il franchit le pas, en remettant des comptes prévisionnels, il sera toutefois tenu de la sincérité du document. Ce qui veut dire que le futur distributeur, dont le consentement serait déterminé par les informations contenues dans le compte prévisionnel, peut demander la nullité ou l'allocation de dommages et intérêts pour erreur sur la rentabilité économique du contrat.

Cette approche est validée par la Cour régulatrice depuis son arrêt rendu le 4 octobre 2011[1054]. Dans cette affaire, une Cour d'appel avait retenu, pour rejeter la nullité d'un contrat de franchise fondée sur l'erreur, que le seul fait qu'un écart soit effectivement apparu entre les prévisions de chiffre d'affaires et les résultats concrets nés de l'exploitation poursuivie par la société franchisée ne saurait être démonstratif, à lui seul, de l'insincérité ou du manque de crédibilité des chiffres et documents fournis par le franchiseur. Cette décision des juges du fond a été cassée par la Cour de cassation. Celle-ci avait estimé qu' « en se déterminant ainsi, après avoir constaté que les résultats de l'activité du franchisé s'étaient révélés très inférieurs aux prévisions et avaient entraîné rapidement sa mise en liquidation judiciaire, sans rechercher si ces circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». Dès lors, il résulte de cette décision que, si les données communiquées par le fournisseur manquent de sincérité d'une part, et que d'autre part le créancier a été influencé par celles-ci, il est tout à fait possible d'invoquer l'erreur sur la rentabilité économique du contrat pour se soustraire du contrat[1055]. Cette solution a été réitérée à plusieurs reprises par la haute Cour[1056].

[1054] Cass. com., 4 octobre 2011, n° 10-20.956, D. 2011, p. 3052, note N. Dissaux ; D. 2012, p. 459, S. Amrani Mekki, M. Mekki ; D. 2011, p. 577, D. Ferrier ; JCP G 2012, n° 135, note J. Ghestin ; RDC 2012. 64, obs. T. Genicon.

[1055] H. Barbier, note sous CA Paris, 12 septembre 2013, n° 11/19074 ; Cass. com. 1er octobre 2013, n° 12-23.337 ; Cass. com., 10 décembre 2013, n° 12-23.890 ; Cass. com. 10 décembre 2013, n° 12-23.115 ; « L'erreur sur rentabilité économique », *RTD civ*. 2014, p. 109 ; S. Regnault, note sous Cass. com., 17 mars 2015, n° 13-24.853, « L'étude prévisionnelle fantaisiste fournie par le franchiseur vicie le consentement du franchisé », *AJCA* 2015, p. 286 ; A. Bories, note sous Cass. 1re civ., 3 novembre 2016, n° 15-24.886, « Nullité du contrat de franchise**Erreur ! Signet non défini.** : le droit commun du dol au secours de l'article L. 330-3 du code de commerce », *AJ contrat,* 2017, p. 85

[1056] Cass. com. 12 juin 2012, n° 11-19.047 ; D. 2012, p. 2079, note N. Dissaux, ; D. 2013, p. 391, obs. S. Amrani-Mekki, M. Mekki ; RTD civ. 2012. 724, obs. B. Fages ; Com. 17 mars 2015, n° 13-24.853, D. 2016. 964, obs. D. Ferrier ; AJCA 2015. 286, obs. S. Regnault ; Cass. 1re Civ., 3 novembre 2016, n° 15-24.886 ; AJ Contrat 2017, p. 85, obs. A. Bories ; D. 2017, p. 881, D. Ferrier

En définitive, l'application des nouvelles dispositions des obligations d'information précontractuelle du droit commun des contrats en droit de la distribution permet de constater que celle-ci peut aussi limiter le champ d'application de l'obligation d'information dans les contrats de distribution en instaurant une obligation pour le futur distributeur de s'informer sur la rentabilité économique du contrat qu'il entend conclure. Cet impact restrictif des obligations d'information de droit commun peut être aussi vérifié lors de la cession de titres sociaux.

B. L'obligation de s'informer lors de la cession de titres sociaux

L'application des obligations d'information du droit commun des contrats en matière de cession de titres sociaux peut aussi obliger le créancier de l'information à s'informer. Cette obligation de s'informer peut se vérifier avec l'exclusion de toute obligation d'information sur la valeur entre associés lors de la cession de titres sociaux (1), mais également avec l'exclusion de l'obligation d'information sur les négociations parallèles (2).

1. L'exclusion de l'obligation d'information sur la valeur des titres sociaux entre associés

Lorsque la cession des titres sociaux ne concerne que des associés, il n'y a aucune obligation d'information sur la valeur des titres cédés. Cette exclusion s'explique par le fait qu'entre associés, il n'y a pas de devoir de loyauté. Ce qui exclut ainsi toute faute lorsque l'information non divulguée est relative à la valeur des titres.

197. Il n'y a pas d'obligation de loyauté entre associés. À la différence des relations entre dirigeant et associés, il n'y a pas de devoir de loyauté entre associés[1057]. Au nom de ce devoir, les dirigeants sociaux sont obligés de renseigner les associés sur la valeur exacte des titres sociaux qu'ils entendent céder. Instaurée par la jurisprudence Vilgrain[1058], cette solution a

[1057] J. Mestre, note sous Cass. com., 27 févier, 1996, n° 94-11.241, « Le dol de l'acquéreur de parts sociales », *RTD civ.,* 1997. p. 114 ; H. Barbier, note sous Cass. com., 12 avril 2016, n° 14-19.200 ; Cass. com., 8 mars 2016 n° 14-23.135, « Dol dans les cessions de titres sociaux : le devoir de loyauté du dirigeant acquéreur en retrait face au devoir de curiosité du cédant », *RTD civ.,* 2016, p. 612

[1058] Cass. com. 27 février 1996, n° 94-11.241, RTD civ. 1997, p. 114, D. 1996, p. 518, note P. Malaurie ; D. 1996, p. 342, obs. J.-C. Hallouin; D. 1996, p. 591, note J. Ghestin ; RTD civ. 1997, p. 114, obs. J. Mestre ; JCP 1996. II. 22 665, note J. Ghestin

survécu à l'arrêt Baldus[1059]. L'inexistence de ce devoir de loyauté entre associés exclut ainsi toute obligation d'information sur la valeur des titres sociaux lorsque le contrat n'implique pas un dirigeant social[1060]. Dès lors, il revient à chacune des parties de se renseigner sur la valeur des titres sociaux qu'elle entend acquérir ou céder[1061]. L'existence d'une ignorance légitime ou d'une confiance au débiteur n'oblige pas pour autant à chacun des associés à informer l'autre sur la valeur des titres sociaux[1062]. L'application des obligations d'information précontractuelle du droit commun des contrats, excluant toute information sur la valeur des prestations, doit obliger le cessionnaire à se renseigner sur la valeur des titres. C'est pourquoi, en cas de silence, même intentionnel, sur la valeur des titres, il ne peut y avoir de faute. Le contrat ne peut ainsi pas faire l'objet d'une annulation ou donner lieu à des dommages et intérêts pour ce seul fait. Le même constat peut être fait lorsque l'information est relative aux négociations parallèles.

2. L'exclusion de l'obligation d'information sur les négociations parallèles

En droit des sociétés, il n'y a pas une obligation d'information sur les négociations parallèles. Cette exclusion peut s'expliquer par la primauté de la liberté dans les négociations, mais aussi par l'absence de lien entre la cession et la rétrocession. Cette règle est consolidée par les dispositions relatives à l'obligation d'information de droit commun des contrats.

198. La liberté des négociations l'emporte sur l'obligation d'information sur les négociations parallèles. Selon l'article 1112 du Code civil, l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Cette liberté permet ainsi à une partie de faire des négociations parallèles avec des tiers sans qu'elle soit obligée de signaler ce fait à l'autre partie avec laquelle elle est en négociation. Si la connaissance de l'existence de négociations parallèles peut parfois être un élément déterminant pour le consentement du cédant, le cessionnaire n'est toutefois pas tenu de lui en faire part, sauf clause contraire.

Ainsi, la partie qui veut savoir si son partenaire entend rétrocéder les titres en négociation à un prix supérieur doit elle-même chercher à connaître cette information. Obliger l'une de ces

---

[1059] Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15.618 ; Cass. com., 11 juillet 2006, n° 05-12.024 ; Cass. 1re civ., 25 mars 2010, n° 08-13.060 ; Cass. com., 12 mars 2013, n° 12-11.970 ; Cass. com., 12 avril 2016, n° 14-19.200 ; Cass. Com.30 mars 2016, n° 14-23.866 ; Cass. com. 15 mars 2017, n° 15-14.419

[1060] CA Paris, Pôle 5, 8e ch., 1er juin 2010, n° 08/06286

[1061] Th. Massart, note sous Cass. com., 24 mai 2017, n° 15-19430, « L'obligation de loyauté du dirigeant est-elle due à l'apporteur en compte courant ? *», art. cit.,* p. 654 ; I. Urbain-Parleani, « Le devoir d'information et les cessions de droits sociaux brèves remarques », in *Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats,* J. Heinich et V. Thomas (dir.), *art. cit.,* p. 554

[1062] *Supra* §26 ; §28 et s.

parties à fournir des informations sur les négociations parallèles c'est obliger les parties à partager des informations sur la valeur des titres sociaux. L'application des obligations d'information du droit commun des contrats dans cette situation impose l'obligation de s'informer plutôt que l'obligation d'informer[1063].

199. La rétrocession n'a pas de lien direct et nécessaire avec le contenu du premier contrat de cession. Dans le cadre de la cession de droits sociaux, les négociations parallèles n'ont pas de lien direct et nécessaire avec le contenu du premier contrat de cession. Cette information relève du contenu direct et nécessaire du contrat de rétrocession[1064]. Or, on sait qu'avec les dispositions sur les obligations d'information de droit commun, seules les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu et la qualité des parties doivent être renseignées. Étant hors du contrat de cession, la négociation parallèle ne rentre donc pas dans le champ d'application de l'obligation d'information précontractuelle.

Dès lors, pour appréhender le destin de ses titres, le cédant doit lui-même se renseigner sur les négociations parallèles que mène son cessionnaire en application du devoir général d'information. La rétrocession n'ayant pas de lien direct avec le premier contrat, il échappe à l'obligation générale d'information.

En résumé, en application du devoir d'information précontractuelle du droit commun, les obligations spéciales d'information seront renforcées sur leur étendue aussi bien sur l'obligation d'informer que sur l'obligation de s'informer. À présent, il faut s'intéresser à l'articulation des obligations d'information précontractuelle du point de vue de leur régime juridique.

[1063] Cass. com. 26 novembre 2003, n° 00-10.243 et n° 00.10-949, D. 2004, p. 869, note A. S. Dupré-Dallemagne ; RTD civ. 2004, p. 80 et p. 85, obs. J. Mestre, B. Fages ; Rev. sociétés 2004, p. 325, obs. N. Mathey ; RDC 2004, p. 257, note D. Mazeaud

[1064] Th. Massart, note sous Cass. com., 24 mai 2017, n° 15-19430, « L'obligation de loyauté du dirigeant est-elle due à l'apporteur en compte courant ? *», art. cit.,* p. 654

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Les obligations d'information de droit commun peuvent compléter l'étendue des obligations spéciales d'information aussi bien sur l'obligation d'informer que sur l'obligation de s'informer. En application des dispositions du droit commun des contrats, il y aura une extension de l'obligation d'information aux contrats de distribution dépourvus d'exclusivité ou de quasi-exclusivité et aux contrats de distribution de bières. Grâce, à la notion d'information déterminante, le fournisseur sera obligé de délivrer les résultats des deux dernières années d'un point de vente comparable à celui envisagé par le distributeur. Il sera aussi tenu d'informer le distributeur des causes de la rupture de ses précédents contrats. En droit des sociétés, l'obligation d'information aura un fondement textuel bien plus intéressant que le devoir de loyauté et les vices du consentement. De même, les *datas rooms* seront de plus en plus fournies en rendant, par ailleurs, réciproque l'obligation d'information en droit des sociétés. Dans les contrats consuméristes, l'application des obligations d'information de droit commun permet d'étendre l'obligation d'information à tous les contrats de transfert de propriété et aux contrats d'ouvrage ou de service. En outre, les informations à délivrer au consommateur étant clairement délimitées par le législateur consumériste, les dispositions du droit commun des contrats peuvent obliger à renseigner des informations qui ne sont pas prévues par le Code de la consommation. En droit des assurances, l'obligation d'information de l'assureur et celle de l'assuré se renforceront. Les contrats de grands risques et de courte durée, exclus jusqu'à maintenant de l'obligation d'information du droit des assurances, feront désormais partie du champ d'application de l'obligation d'information précontractuelle.

Par ailleurs, l'articulation des obligations d'information de droit commun avec les obligations spéciales d'information renforce également l'obligation de s'informer. Ainsi, avec le droit commun des contrats, le distributeur professionnel sera présumé connaître l'information déterminante pour son consentement et il devra aussi s'informer lui-même lorsque le concept qui sera mis à sa disposition est novateur. En outre, avec les obligations d'information de droit commun, le devoir de mise en garde et le devoir de conseil du banquier ne profiteront pas aux personnes averties. De même, en cas de confiance illégitime, le débiteur de l'obligation d'information doit se renseigner lui-même.

L'obligation de s'informer se renforce aussi par rapport à la nature de l'information. Les dispositions du droit commun des contrats obligeront le distributeur à se renseigner sur la

rentabilité économique de son projet. En droit des sociétés, il n'y aura pas d'obligation d'information sur la valeur des titres sociaux entre associés. Enfin, avec les obligations d'information de droit commun, il n'y a pas d'obligation d'information sur les négociations parallèles. Les complémentarités ne sont pas les seuls apports des obligations d'information de droit commun aux obligations spéciales d'information, elles consolident aussi leur régime juridique.

CHAPITRE II : LES CONSOLIDATIONS DU RÉGIME DES OBLIGATIONS SPÉCIALES D'INFORMATION

L'articulation des obligations d'information de droit commun avec les obligations spéciales d'information amène à s'interroger sur les impacts des premières sur les secondes quant à leurs régimes juridiques. L'objet de ce chapitre est de démontrer que le caractère précis du régime des obligations d'information de droit commun peut consolider les régimes juridiques des obligations spéciales d'information en les rendant plus lisibles. Dans certaines obligations spéciales d'information, les sanctions et l'administration de la preuve ne sont pas clairement définies. Dès lors, les nouvelles dispositions du droit commun des contrats ne feront que consolider le régime juridique des obligations spéciales d'information. Cette consolidation peut se vérifier à deux niveaux. En effet, avec les obligations d'information de droit commun, les victimes d'un manquement à une obligation spéciale d'information peuvent recourir aux dispositions du droit commun pour obtenir l'anéantissement du contrat ou la réparation de leur préjudice (section II). De même, la preuve des obligations d'information spéciale sera désormais plus facile à appréhender avec l'appui des règles du droit commun des contrats (section I).

Section I : La consolidation du régime de la preuve des obligations spéciales d'information

Le régime de la preuve des obligations d'information précontractuelle permet de matérialiser à son tour les complémentarités qui peuvent exister entre les dispositions du droit commun des contrats et les obligations spéciales d'information précontractuelle. L'articulation des règles probatoires fait ressortir à la fois une consolidation du fardeau de la preuve (§1) et une consolidation des modes de preuve (§2).

§1 : La consolidation du fardeau de la preuve

La plupart des obligations spéciales d'information ne prévoient rien sur le fardeau de la preuve[1065]. Ainsi, avant la consécration d'une obligation d'information précontractuelle par la réforme du droit des contrats de 2016, le fardeau de la preuve relevait des dispositions du droit

[1065] F. Viney, « À propos de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information », *art. cit.*, doctr. 879

commun de la preuve. Mais, depuis la réforme, le silence des obligations spéciales d'information peut être comblé par les dispositions du nouvel article 1112-1 du Code civil. Dès lors, en application de ce texte, il est possible d'affirmer que désormais, dans les obligations spéciales d'information précontractuelle, il revient au créancier de prouver l'existence de l'obligation d'information (A). Si cette preuve est établie, le débiteur prendra le relais pour démontrer l'exécution de son obligation d'information précontractuelle (B).

A. L'obligation pour le créancier de prouver l'existence de l'obligation spéciale d'information

L'article 1112-1 du Code civil alinéa 4 dispose qu'« il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait… ». Cette disposition vise clairement le créancier de l'obligation d'information précontractuelle. Lui seul est habilité à réclamer l'exécution d'un devoir d'information précontractuelle[1066]. Dès lors, en transposant cette disposition dans les obligations spéciales d'information, on peut remarquer que la preuve de l'existence de l'obligation d'information deviendra désormais plus simple (1). Mais, cette simplicité n'autorise pas pour autant les parties à procéder à un renversement de la charge de la preuve entre le débiteur et le créancier (2).

1. La simplification de la preuve de l'existence des obligations spéciales d'information

En partant des dispositions de l'alinéa 4 de l'article 1112-1 du Code civil, la démonstration de l'existence d'une obligation spéciale d'information par le créancier ne cause pas de difficultés particulières. En effet, les obligations spéciales d'information ont presque toutes des supports textuels qui consacrent leur existence, ce qui facilite leurs établissements. De même, dans les rares cas où l'obligation spéciale d'information n'est pas expressément prévue par une loi, la preuve de l'existence de l'obligation d'information précontractuelle ne cause pas trop de difficulté si l'on se réfère au devoir général d'information du Code civil.

200. L'existence des obligations spéciales d'information est généralement prévue par une loi. Les obligations spéciales d'information ont presque toute une existence textuelle. Le législateur a pris la peine de définir pour chaque obligation spéciale d'information ses

[1066] J. Julien, *Droit de la consommation*, *op. cit.,* §73 ; J-D. Pellier, *Droit de la consommation*, *op. cit.,* §33

conditions d'application. Ainsi le législateur consumériste a prévu une dizaine d'articles uniquement pour l'obligation générale d'information précontractuelle dans le Code de la consommation[1067]. En droit de la distribution, l'obligation d'information précontractuelle trouve son fondement à l'article L.330-3 du Code de commerce. En droit des assurances, ce sont les articles L.112-2 et 113-2 du Code des assurances qui obligent assureur et souscripteur à se livrer mutuellement toutes les informations qui peuvent intéresser leur consentement avant de signer le contrat. Les mêmes prévisions existent dans beaucoup d'autres matières contractuelles[1068].

Dès lors, la partie qui veut établir l'existence d'une obligation spéciale d'information précontractuelle doit simplement établir la réunion des conditions de celle-ci.

Par exemple, si un consommateur veut établir son droit à l'information précontractuelle, il doit avant tout prouver qu'il est un consommateur, c'est-à-dire une personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole[1069]. En droit de la distribution, le distributeur doit prouver qu'il a bénéficié d'une mise à disposition d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne de la part de son cocontractant contre un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité.

Une fois que la qualité de créancier est établie, il faut ensuite démontrer que l'information dont on réclame l'exécution nous est due. Pour ce faire, il faut se référer aux conditions d'ouverture de l'obligation d'information. Le consommateur doit ainsi démontrer que l'information manquée par le professionnel était une caractéristique essentielle de l'objet du contrat. Le distributeur doit démontrer que l'information fait partie de la liste établie par l'article R.330-1 du Code de commerce[1070].

[1067] Art. L111-1 à L111-8 C. Consom.

[1068] Art. 1602 C. civ. en matière de vente ; l'information du candidat à l'acquisition (notamment CCH art. L.271-4 à L.271-6 relatif au dossier de diagnostic technique ; C. envir. Art. L.514-20 concernant un terrain sur lequel une installation classée a été exploitée) ; La location d'un local d'habitation, la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, art. 3-3 exigeant aussi un dossier de diagnostic technique. Le code monétaire et financier a mis en place aussi une obligation précontractuelle d'information dans le cadre d'un démarchage financier (art. L. 341-11 et l'article 214-23-1) ; L'article 1127-1 du code civil met en place une obligation d'information précontractuelle dans les contrats conclus par voie électronique ; L'article 1431-3 du code des transports, dans sa rédaction du 24 février 2010, impose à tout organisateur de transport de personne, de marchandises ou de déménagement de fournir au bénéficiaire de la prestation une information relative à la qualité de dioxyde de carbone émise par le ou les modes de transport utilisé. Les articles D. 1431-2 à 1431-5 déclinent les conditions de mises en œuvre de cette obligation d'information.

[1069] Art. liminaire C. consom.

[1070] D. Ferrier, N. Ferrier, *Droit de la distribution, op. cit.*, §626

Mais, cette réglementation de la preuve de l'existence de l'obligation spéciale d'information était connue en jurisprudence bien avant la réforme du droit commun des contrats. D'ailleurs, il a été jugé dans le cadre d'un contrat de prêt qu'il appartient à l'emprunteur ou à la caution de rapporter la preuve de l'existence de l'obligation de mise en garde dont il réclame l'exécution. Les conditions cumulatives de l'existence de l'obligation de mise en garde sont d'une part la qualité de « profane » de l'emprunteur, d'autre part l'existence d'un risque caractérisé d'endettement né de l'octroi du crédit[1071]. Le régime de la charge de la preuve prévu ainsi par l'article 1112-1 du Code civil ne fera donc que consolider cette réglementation jurisprudentielle en la rendant plus lisible.

Si la preuve de la qualité du créancier et celle de l'existence de l'obligation d'information sont établies, le créancier satisfait son obligation de prouver l'existence de l'obligation d'information précontractuelle. Il reviendra ensuite au débiteur de prendre le relais en prouvant qu'il a exécuté celle-ci[1072].

La preuve de l'existence de l'obligation spéciale d'information ne pose donc pas trop de difficulté au créancier. Il s'agit d'une formalité qu'il peut s'accomplir très aisément du fait de l'existence législative de l'obligation. La même aisance peut aussi être constatée même si l'obligation d'information spéciale n'est pas prévue par la loi.

201. L'existence d'une l'obligation spéciale d'information peut être facilement démontrée même si elle n'est pas prévue par une loi. Toutes les obligations spéciales d'information ne sont pas prévues par des textes législatifs. Il y a des obligations d'information spéciale qui ont des sources jurisprudentielles. Ces obligations spéciales d'information sont créées par le juge sous le fondement souvent de la bonne foi ou de l'interdiction du dol[1073]. C'est le cas de l'obligation d'information précontractuelle en droit des sociétés. Mais, cette existence prétorienne de l'obligation d'information précontractuelle ne complique pas la preuve de celle-ci pour le créancier. Pour démontrer son existence, le créancier doit se rapporter aux règles de preuve prévues par le droit commun de la preuve[1074].

Dès lors, la preuve de l'existence de l'obligation d'information varie selon la nature de celle-ci. En effet, si le créancier estime que c'est l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil qui n'a pas été respectée par son débiteur, il doit prouver sa qualité de créancier en démontrant soit son ignorance légitime, soit sa confiance dans le débiteur.

[1071] CA Caen, 1re ch., sect. civ. et Cass. com., 8 juillet 2008, n° 07/00442

[1072] *Supra* §135 et s.

[1073] *Supra* §74 et s.

[1074] *Supra* §133 et s.

Toutefois, si le créancier estime que l'obligation d'information dont il réclame l'exécution est implicite, c'est-à-dire relevant des dispositions de l'article 1137 et 1104 du Code civil sur la dissimulation intentionnelle et la bonne foi, la preuve de l'existence de l'obligation d'information précontractuelle devient un peu plus compliquée. En effet, à la différence de la preuve du devoir général d'information, le créancier doit ici établir, en plus de l'existence d'une information déterminante pour son consentement, la mauvaise foi de son cocontractant. La simple démonstration de l'ignorance ou de la confiance au débiteur ne suffit pas pour le faire condamner. La preuve devient ainsi plus complexe que si le créancier avait fondé son action sur les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil.

Mais cette complexité n'est pas synonyme d'une impossibilité de preuve. La preuve du caractère déterminant de l'information consiste à établir que l'information avait un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Quant à la mauvaise foi du cocontractant, elle s'attache à l'intention de nuire. Il suffit de prouver que le cocontractant connaissait l'existence de l'information déterminante et qu'il s'est bien gardé de la révéler lors des négociations dans l'intention d'en tirer un avantage. Si ces éléments sont établis, le créancier aura prouvé que le débiteur devait le renseigner, mais également que ce dernier a manqué à son obligation d'information précontractuelle.

On constate donc que, sous l'impulsion des règles de preuve issues du droit commun des contrats, l'établissement de l'existence d'une obligation spéciale d'information précontractuelle, jusque-là définie par la jurisprudence, ne saurait qu'être consolidé en rendant la preuve plus accessible. Mais, cette simplicité de la preuve de l'existence des obligations d'information spéciale précontractuelle ne permet pas pour autant aux parties de procéder à un renversement de la charge de la preuve.

2. L'impossibilité de renverser la charge de la preuve dans les obligations spéciales d'information

En application des règles de la preuve des obligations d'information du droit commun des contrats, la répartition de la charge de la preuve entre les parties ne peut pas être modifiée par les parties dans une obligation spéciale d'information. Cette impossibilité s'explique par le fait que les obligations spéciales d'informations sont, aux mêmes titres que les obligations d'information du droit commun, d'ordre public. Et contrairement à la position de certains auteurs, la charge de la preuve de l'obligation d'information n'est pas renversée par le législateur.

202. Le caractère d'ordre public des obligations spéciales d'information interdit tout renversement de la charge de la preuve. La marque de l'obligation d'information précontractuelle au regard de son régime juridique c'est son caractère d'ordre public. Cette identité est clairement affirmée par les nouvelles dispositions de l'article 1112-1 du Code civil et se lit très facilement, en filigrane, dans les dispositions des articles 1137 et 1104 du Code civil[1075]. Si cette marque de l'obligation d'information précontractuelle interdit les parties de limiter ou d'exclure celle-ci. Elle leur interdit également de procéder à un renversement de la charge de la preuve. L'existence de l'obligation d'information précontractuelle doit toujours être établie par le créancier alors que la preuve de l'exécution de celle-ci pèse toujours sur le débiteur.

Ce pan des obligations d'information de droit commun ne fera que consolider le régime juridique des obligations spéciales d'information. En effet, il ressort des obligations spéciales d'information que celles-ci sont, aux mêmes titres que les obligations d'information du droit commun d'ordre public. Cette caractéristique est clairement exprimée par certaines dispositions spéciales.

En droit de la consommation, l'article L.111-8 du Code de la consommation dispose expressément que les dispositions régissant les obligations d'information de droit commun précontractuelle sont d'ordre public[1076]. Dans les cas où le législateur n'a pas expressément prévu le caractère d'ordre public de l'obligation spéciale d'information, celui-ci peut être établi par simple référence à la teneur des mots empruntés dans les dispositions régissant l'obligation d'information ou encore par une référence à la jurisprudence. En droit des assurances, l'article 112-1 du Code des assurances, en disposant que « l'assureur doit obligatoirement fournir une fiche d'information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat », pose clairement à travers l'adverbe « obligatoirement », le caractère d'ordre public de l'obligation d'information de l'assureur. De même, en disposant dans l'article 113-2 que l'assuré est obligé de répondre exactement aux questions posées par l'assureur, le législateur manifeste clairement son intention de ne pas autoriser les parties à déroger à l'obligation d'information du souscripteur. Pour ce qui est du document d'information précontractuelle, le législateur instaure là aussi une obligation de remise pour les fournisseurs, consacrant ainsi l'exclusion du caractère supplétif de l'article L.330-3 du Code de commerce. Mieux, la jurisprudence est allée plus loin sur le caractère d'ordre public des dispositions de l'article L.330-3 du Code de commerce, en

[1075] *Supra* §101 et s.

[1076] CA Orléans, 18 octobre 2018, 17/021791

le plaçant au rang des lois de police. En effet, la Cour d'appel de Paris a jugé que l'article L.330-3 du Code de commerce ne caractérise pas seulement une loi de protection, mais « [...], procédant de l'ordre public économique de direction, elles constituent une loi de police [...] »[1077].

Dès lors, en application des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, on peut affirmer que les parties ne peuvent pas procéder, à travers un contrat, à un renversement de la charge de la preuve dans une obligation spéciale d'information. Les règles probatoires s'allient au droit commun des contrats. Les clauses contraires rendraient la preuve diabolique.

203. Le renversement de la preuve dans les obligations spéciales d'information rendrait celle-ci diabolique. À supposer que les obligations spéciales d'information ne soient pas d'ordre public et que les parties puissent procéder à un renversement de la charge de la preuve, celle-ci deviendrait négative et impossible à satisfaire[1078]. Il reviendrait ainsi au créancier d'établir que le débiteur n'a pas exécuté son obligation d'information précontractuelle. Or, prouver cette inexécution revient à apporter la preuve d'un fait négatif. Celle-ci étant impossible, le créancier se trouverait ainsi démuni au sujet de son débiteur.

Toutefois, certains auteurs estiment qu'il y a un reversement de la preuve de l'obligation d'information précontractuelle aussi bien dans les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil[1079] que dans l'article L.111-5 du Code de la consommation[1080]. Mais, comme on l'a évoqué plus haut, la preuve de l'existence de l'obligation d'information précontractuelle n'est ni diabolique ni impossible[1081]. Le demandeur doit juste établir sa qualité de créancier d'une obligation d'information précontractuelle. Pour l'établissement de celle-ci, le créancier s'appuie sur des éléments positifs qui le concernent directement comme son ignorance de l'information manquée. La preuve aurait été négative, si l'établissement de l'inexécution de l'obligation d'information précontractuelle pesait sur le demandeur, ce qui n'est pas le cas en l'espèce[1082].

Toutefois, une clause qui procéderait à un renversement de la charge de la preuve rendrait celle-ci impossible. C'est la raison pour laquelle les parties ne peuvent pas procéder à un tel

---

[1077] CA Paris, 25 octobre 2011, n° 10/24023, RDC 2012, p. 563, obs. Racine.

[1078] J. Larguier, « La preuve d'un fait négatif », *art. cit.,* p. 1 ; H. Barbier, note sous Cass. com., 28 mars 2018, n° 17-10.600 ; Com. 25 octobre 2017, n° 16-22.083 ; « De la charge de la preuve d'un fait négatif comme sanction probatoire », *art. cit.*, p. 414

[1079] C. Larroumet, S. Bros, *Les obligations : le contrat,* in Traité de droit civil, T. 3, *op. cit.*, §337 ; J. Julien, *Droit de la consommation*, *op. cit.,* §73 ; St. Piédelièvre, *Droit de la consommation*, *op. cit.,* §63

[1080] Vogel (L.) ; Vogel (J.), *Droit de la consommation,* in *Traité de droit économique*, T. 3, *op. cit.*, §391

[1081] *Supra* §134

[1082] *Supra* §135 et s.

renversement. La clause qui prévoirait cet échange risque de tomber sous le joug des clauses abusives. En effet, une telle clause pourrait donner naissance à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties[1083].

En résumé, l'articulation du régime juridique des obligations d'information du droit commun des contrats avec celui des obligations spéciales d'information permet de constater que la charge de la preuve de l'existence de ces dernières pèse sur le créancier comme en droit commun des contrats. Mais, cette charge juridique n'est pas une contrainte pour le créancier, la preuve étant facile à apporter. Le débiteur apporte la preuve la plus lourde. C'est à lui de prouver qu'il a exécuté son obligation d'information précontractuelle.

B. L'obligation pour le débiteur de prouver l'exécution de l'obligation spéciale d'information

Une fois que le créancier a établi l'existence de l'obligation d'information précontractuelle, il revient ensuite au débiteur de prouver qu'il a correctement exécuté celle-ci. Même si la plupart des obligations spéciales n'ont pas prévu ce mécanisme probatoire, la jurisprudence appliquait déjà une solution semblable à celle prévue dans les obligations d'information du droit commun. Dès lors, en application de l'article 1112-1 du Code civil, il faut distinguer la charge de la preuve du débiteur selon que le manquement à l'obligation d'information a entraîné (1) un vice du consentement (2).

1. L'obligation probatoire du débiteur en cas de manquement à une simple obligation d'information

Comme dans les obligations d'information de droit commun, l'obligation probatoire du débiteur varie selon que l'information manquée ait entraîné ou non un vice du consentement. Dans l'hypothèse où le manquement à l'obligation d'information n'a pas entraîné un vice du consentement, la charge de la preuve de l'exécution de celle-ci pèse exclusivement sur le débiteur, ce qui traduit l'existence d'une présomption de faute.

204. La charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information pèse exclusivement sur le débiteur. Une fois que le créancier établit l'existence de l'obligation d'information précontractuelle, le débiteur doit prendre le relais en prouvant l'exécution de son

[1083] Art. 1171 C. civ.

obligation d'information précontractuelle[1084]. Le législateur consumériste a clairement prévu cette dernière phase de la dialectique de la preuve. En effet, il ressort des dispositions de l'article L.111-5 du Code de la consommation qu'« en cas de litige relatif à l'application des dispositions des articles L.111-1, L.111-2 et L.111-4, il appartient au professionnel de prouver qu'il a exécuté ses obligations ».

La jurisprudence a fait application de cette règle probatoire dans plusieurs affaires impliquant des professionnels et des consommateurs. On a jugé, dans le cadre d'un contrat de vente de véhicule d'occasion, qu'il incombe au vendeur professionnel de prouver qu'il a exécuté son obligation d'information précontractuelle[1085].

La jurisprudence est allée même plus loin dans la preuve de l'exécution de l'obligation. Elle précise qu'il appartient au débiteur de prouver également qu'il s'est correctement renseigné sur les besoins du créancier pour bien l'informer[1086]. Dès lors, en droit de la consommation, les règles probatoires du droit commun des contrats sur l'obligation d'information précontractuelle ne feront que consolider les prévisions du législateur consumériste.

Qu'en est-il de la preuve du manquement des obligations d'information prévues par les articles L.111-7-2 et 113-1 du Code de la consommation, relative respectivement à l'obligation d'information loyale et transparente des plateformes en ligne[1087] et des informations sur les conditions sociales de fabrication des produits ? Revient-il là aussi au débiteur de l'information de prouver l'exécution de celle-ci ? Le législateur consumériste ne répond pas à ces questions et la doctrine estime que ces deux cas « ne sont pas concernés par le renversement légal de la charge de la preuve instauré par l'article L.111-5 du Code de la consommation »[1088]. Pour poursuivre cette analyse, on peut dire qu'il revient au créancier de prouver que le débiteur n'a pas exécuté son obligation d'information. À supposer que cette assertion soit valable, le créancier peut désormais se fonder sur les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil pour

---

[1084] G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.,* §598

[1085] Cass. 1re civ., 15 mai 2002, n° 99-21.521 ; RTD civ. 2003. 84, obs. J. Mestre, B. Fages ; JCP 2002. I. 184, n° 1 s., obs. Labarthe ; Contrats, conc. consom. 2002, no 135, obs. L. Leveneur ; RJDA 2002 ; pour la vente de matériel d'informatique : Cass. 1re civ., 3 avril 2002, n° 00-12.508 ; CCE 2002, n° 131, note Grynbaum

[1086] Cass. 1re civ., 28 octobre 2010, n° 09-16.913, D. 2010. Actu. 2580, obs. X. Delpech; D. 2011. Pan. 2898, obs. L. Gelbard-Le Dauphin ; RDI 2010. 616, obs. P. Malinvaud ; JCP E 2011, n° 1438, note C-É. Bucher ; Contrats, conc. consom. 2011, n° 1, obs. L. Leveneur ; RJDA 2011, n° 124 ; Gaz. Pal. 2011, p. 294, obs. D. Houtcieff

[1087] J. Rochfeld, « La "loyauté" des "plateformes". Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? », *Dalloz IP/IT* 2016 p. 520

[1088] N. Sauphanor-Brouillaud, « Information des consommateurs : Règles communes à l'obligation d'information précontractuelle et à l'information sur les prix », *JCI Concurrence – Consommation,* Fasc. 845, 2020, §66 ; J. Julien, *Droit de la consommation*, *op. cit.,* §79

se soustraire du fardeau de la preuve. Ce qui rendrait le mécanisme de la charge de la preuve conforme à l'article L.111-5 du Code de la consommation. Le droit commun complète ainsi sur ce point le régime juridique de l'obligation d'information consumériste.

Dans le cadre du document d'information précontractuelle du droit de la distribution, la loi Doubin ne prévoit pas sur qui pèse la charge de la preuve en cas d'inexécution de l'obligation d'information précontractuelle. La jurisprudence n'a également pas clairement tranché la question. Elle ne s'est prononcée que sur la charge de la preuve en cas de vice de consentement[1089]. Quant à la doctrine, tout en regrettant l'absence d'une présomption de vice de consentement en cas de manquement à une obligation d'information précontractuelle[1090], elle semble militer pour une charge de la preuve pesant sur les fournisseurs. Désormais, en application des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, il est possible d'affirmer que si le distributeur invoque un simple manquement à une obligation d'information précontractuelle, qui peut résulter d'une absence de remise ou d'une insuffisance du document d'information précontractuelle, il appartient au fournisseur de prouver qu'il a transmis celui-ci avec toutes les informations déterminantes pour le consentement du distributeur[1091].

En droit des assurances, le législateur n'est pas explicite sur la charge de la preuve en cas de manquement à une obligation d'information précontractuelle. En effet, l'article R.112-3 du Code des assurances ne semble pas prévoir que l'écrit comme moyen de preuve pouvant attester l'exécution de l'obligation d'information précontractuelle. Toutefois, la jurisprudence est très explicite sur la question[1092]. En effet, la Cour de cassation a estimé, dans le cadre d'un litige relatif à la condition de garantie, que lorsque l'assureur subordonne sa garantie à la réalisation, par l'assuré, d'une condition particulière, il doit rapporter la preuve qu'il a précisément porté cette condition à la connaissance de l'assuré[1093]. Dès lors, le régime juridique de la preuve prévu par l'article 1112-1 du Code civil vient consolider cette jurisprudence en donnant aux souscripteurs de contrat d'assurance un fondement textuel clair et précis pour justifier

---

[1089] *Supra* §74 et s.

[1090] O. Tiquant « Rétablir l'autorité de la loi Doubin », *D.* 2001, p. 2597 ; Y. Marot, « le contenu et la finalité de l'obligation d'information précontractuelle en franchise », *JCP E* 2005, p. 1775 et 2987 ; S. Regnault, « la tentation d'autoritarisme de la loi Doubin », *LPA*, 2003, p. 13

[1091] D. Ferrier, N. Ferrier, *Droit de la distribution, op. cit.,* §626

[1092] A. Pimbert, note sous Cass. 2e civ.,, 8 avril 2004, n° 03-11485, Cass. 2e civ., 15 décembre 2011, n° 10-23889, « l'information et le conseil », in *Les grandes décisions du droit des assurances,* J_M. Do Carmo Silva, D. Krajeski, LGDJ, 2022, p. 73

[1093] Cass. 1re civ., 27 mars 2001, n° 98-19.481, RCA 2001, n° 206, obs. H. Groutel ; RGDA 2001. 680, note C. Favre-Rochex. Sur la limitation de garantie : Cass. 2e civ., 5 février 2004, n° 01-03.585 ; Cass. 2e civ., 24 novembre 2011, RCA 2012, no 27, note H. Groutel

l'obligation pour les assureurs de prouver l'exécution de leur obligation d'information précontractuelle[1094].

205. Il y a une présomption de faute du débiteur en cas de manquement à une simple obligation d'information précontractuelle. En appliquant le principe posé par l'article 1112-1 du Code civil sur la charge de la preuve dans les obligations spéciales d'information, il est possible d'affirmer que le débiteur de celle-ci souffre d'une présomption de faute. En effet, en obligeant les débiteurs à prouver l'exécution de leur obligation d'information précontractuelle, on met implicitement sur leurs têtes une présomption simple de faute. Il leur revient de combattre cette présomption en démontrant la délivrance au créancier de toutes les informations déterminantes avant la conclusion du contrat. Cette présomption est très avantageuse pour les créanciers de l'obligation d'information, qui n'ont pour obligation que de démontrer l'existence de l'obligation d'information précontractuelle[1095]. C'est là que réside la différence entre la preuve d'un simple manquement à une obligation d'information précontractuelle et la preuve d'un manquement à une obligation d'information précontractuelle ayant entraîné un vice du consentement. Dans cette dernière situation, il n'y a pas de présomption de faute de la part du débiteur. C'est au créancier d'établir l'existence de celle-ci[1096].

En résumé, le régime probatoire, dégagé dans le devoir général d'information précontractuelle, procédera plus à la consolidation des obligations spéciales d'information quant à la preuve de l'exécution d'une simple obligation d'information précontractuelle qu'à un complément. À présent, il faut s'intéresser à la charge de la preuve du débiteur en cas de vice de consentement.

2. L'obligation probatoire du débiteur en cas de vice de consentement

Comme dans les obligations d'information de droit commun, en cas de manquement à une obligation d'information spéciale précontractuelle, si le créancier estime être victime d'un vice du consentement, l'établissement de l'inexistence de ce fait ne pèse pas sur le débiteur. Toutefois, si l'on constate qu'aucune information n'est transmise, la preuve de l'absence du vice de consentement pèse sur le débiteur.

206. La preuve de l'absence d'un vice de consentement ne pèse pas sur le débiteur. Comme on l'a vu précédemment, l'existence d'une obligation d'information précontractuelle

[1094] S. Abravanel-jolly, *Droit des assurances*, 3e éd., ellipses, 2019, §111
[1095] *Supra* §133
[1096] *Infra* §206 et s.

se déduit de l'interdiction d'une dissimulation intentionnelle[1097]. En effet, interdire à une partie de garder le silence sur un fait déterminant pour le consentement de son futur cocontractant, c'est l'obliger à l'informer implicitement. Le non-respect de cette obligation d'information précontractuelle entraîne ainsi un dol par dissimulation intentionnelle s'il s'y ajoute une intention de nuire.

Toutefois, pour prouver l'existence de cette obligation d'information implicite, et de surcroît son inexécution, la charge de la preuve pèse sur le créancier à la différence du manquement d'une simple obligation d'information précontractuelle[1098]. Ce n'est donc pas au débiteur d'établir l'absence de la dissimulation intentionnelle pour se tirer d'affaire. Il s'agira là aussi d'une consolidation du régime de la preuve.

Dès lors, en application des règles probatoires du dol du droit commun dans les obligations spéciales d'information[1099], on peut noter qu'en droit de la consommation, si un consommateur fonde son action sur une dissimulation intentionnelle, on peut lui opposer la règle de la preuve des obligations du droit commun des contrats. En effet, la règle probatoire posée par les dispositions de l'article L.111-8 ne s'applique que si l'action contre le débiteur porte sur un simple manquement à une obligation d'information précontractuelle. Dès l'instant que le créancier soutient dans son action que ce manquement lui a vicié son consentement, il lui revient d'établir ce dernier en démontrant à la fois le caractère déterminant de l'information manquée et l'intention de nuire du professionnel.

D'ailleurs, la plupart des décisions rendues sur cette problématique avant la codification des dispositions de l'article L.111-8 du Code de la consommation semblent mettre la charge de la preuve du dol sur la tête du consommateur[1100]. Avec ce schéma probatoire, l'action des consommateurs contre les professionnels devient plus compliquée. On comprend donc que le consommateur préfère se fonder sur un simple manquement à l'obligation d'information précontractuelle plutôt que sur le dol.

[1097] *Supra* §74 et s.

[1098] Art. 1353 C. civ.

[1099] M. Behar-Touchais, note sous, Cass. com., février 2004, n° 00-21319, « Charge de la preuve du vice du consentement du distributeur et loi "Doubin" », *RDC*, n° 3, 2004, p. 729

[1100] Cass., 3e civ., 15 janvier 1971, n° 69-12.180, D. 1971. Somm. 148 ; RTD civ. 1971. 839, obs. Y. Loussouarn ; Cass. 3e civ, 3 février 1981, n° 79-13.774, D. 1984. 457, note J. Ghestin ; Cass. c3e civ., 4 janvier 1991, n° 89-13.473, D. 1992. Somm. 196, obs. O. Tournafond ; Cass. 1re civ., 19 juin 1985, n° 84-10.934, JCP E 1985. I. 14834

En droit de la distribution, le même raisonnement peut se faire si le distributeur estime que le manquement à l'obligation d'information lui a vicié son consentement[1101]. Il en est de même du non-respect de l'obligation d'information précontractuelle par l'assureur ayant abouti à un dol[1102].

207. Quand aucune information n'est transmise, la preuve de l'absence d'un vice de consentement pèse sur le débiteur. En principe, si le créancier estime que le manquement à l'obligation d'information a vicié son consentement, il lui appartient, sur le fondement des règles probatoires du droit commun, de prouver à la fois le caractère déterminant de l'information et l'intention de nuire du débiteur. Toutefois, ce principe, quoique transposable dans les obligations spéciales d'information, reçoit une exception s'il est avéré que le débiteur n'a transmis aucune information au créancier avant la conclusion du contrat. En effet, le consentement ne peut être éclairé si le créancier n'a reçu aucune information déterminante de son débiteur avant de s'engager. Dans une telle situation si le créancier estime que le manquement à l'obligation d'information précontractuelle lui a vicié son consentement, il appartient au débiteur de prouver qu'il n'y a pas de vice du consentement par dissimulation intentionnelle.

Cette solution probatoire peut être appliquée aux obligations spéciales d'information. D'ailleurs, elle a déjà reçu l'approbation de la haute juridiction en droit de la distribution. On a jugé dans le cadre d'un contrat de location-gérance, « qu'en l'absence de remise du document précité, les époux X… ont été privés de précisions et d'informations essentielles qu'il leur était difficile, voire impossible de se procurer, l'arrêt constate, sans inverser la charge de la preuve, que la société Fina France n'établit pas la parfaite connaissance, exclusive de tout vice du consentement, qu'ils avaient lorsqu'ils se sont engagés »[1103]. La haute Cour consacre ainsi le renversement de la charge de la preuve du vice du consentement en cas de défaut d'exécution de l'obligation d'information précontractuelle[1104].

[1101] J.-B. Gouache, M. Behar-Touchais, « La création du réseau de franchise : Conclusion des contrats de franchise », Fasc. 316-4, JCl Commercial, 2019 ; M. Behar-Touchais, « Charge de la preuve du vice du consentement du distributeur et loi "Doubin" », *art. cit.,* p. 729 ; *adde :* Cass. Com. 2 décembre 1997, n° 95-21.563 : D. 1998. Somm. 334, obs. D. Ferrier

[1102] Rapprochement avec un manquement à une l'obligation de l'information par l'assureur ayant vicié le consentement du souscripteur par erreur : Cass. 2e civ., 17 janvier 2008, n° 06-19.330, RCA 2008, n° 116

[1103] Cass. com., 4 février 2004, 00-21.319, RDC 3/2004, p. 729, obs. M. Béhar-Touchais ; D. 2005, p. 148, obs., D. Ferrier

[1104] J.-B. Gouache, M. Behar-Touchais, « La création du réseau de franchise : Conclusion des contrats de franchise », Fasc. 316-4, JCl Commercial, 2019 ; M. Behar-Touchais, « Charge de la preuve du vice du consentement du distributeur et loi "Doubin" », *art. cit.* p. 729

Toutefois, certains auteurs sont assez réservés sur la portée de cette solution[1105]. En effet, ce renversement de la charge de la preuve devait être analysé au regard de deux éléments. D'une part, il faut vérifier la nature des informations manquées et d'autre part vérifier leur accessibilité au créancier. Le vice du consentement est présumé si l'information est déterminante et inaccessible au créancier[1106]. Par conséquent, il revient au débiteur de prouver que son manquement à l'obligation d'information précontractuelle n'a pas vicié le consentement du créancier.

En définitive, l'articulation des obligations d'information du droit commun avec les obligations spéciales d'information montre que les règles régissant le fardeau de la preuve de la première ne feront que consolider le plus souvent les secondes. Que l'on soit devant un simple manquement à une obligation d'information ou devant une dissimulation intentionnelle, cette consolidation est palpable. Le même constat peut être observé sur les modes de preuve.

§2 : La consolidation des modes de preuve

Pour prouver l'existence ou l'exécution d'une obligation spéciale d'information, les parties peuvent, sur le fondement des dispositions régissant les obligations d'information de droit commun, recourir à tous les moyens de preuve (A). Cette liberté de la preuve leur donne ainsi la possibilité de passer des contrats sur la preuve (B). Mais, ce régime juridique des obligations spéciales d'information était possible bien avant l'avènement des obligations d'information de droit commun.

A. La réaffirmation de la liberté de la preuve dans les obligations spéciales d'information

Les obligations d'information spéciale étant des faits juridiques, comme les obligations d'information de droit commun[1107], leurs existences et leurs exécutions peuvent être prouvées par tous les moyens. Cette liberté de la preuve peut se déduire des textes régissant les

[1105] Les juges du fonds font une analyse contraire en obligeant le créancier de prouver l'existence du vice du consentement : CA Colmar, Ch. 1 a, 10 avril 2019, n° 16/00031

[1106] D. Ferrier, Concurrence-Distribution, panorama 2004, *D*. 2005, p.148

[1107] H. Barbier, note sous Cass. soc. 25 septembre 2013, n° 11-25.884 ; « La libre preuve d'un fait juridique par courrier électronique », *art. cit*., p. 121 ; D. Legeais, note sous Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105 « Le principe de proportionnalité entre l'engagement d'un garant et ses ressources », *JCP E*, n° 44, 1997, p. 1007

obligations spéciales d'information (1). Mais, il faut relever d'emblée que malgré la liberté de la preuve dans les obligations d'information spéciale, la preuve littérale joue un rôle dominant dans la hiérarchie des preuves (2).

1. L'incarnation de la liberté de la preuve dans les obligations spéciales d'information.

Avec la liberté de la preuve des obligations spéciales d'information, les parties sont libres de prouver l'existence et l'exécution de celles-ci par tous les moyens. Elles peuvent ainsi recourir à tous les moyens de preuve prévus dans le régime général des obligations sans que la force probante de ceux-ci soit affectée.

208. Ce sont les modes de preuves du régime général des obligations qui s'appliquent dans les obligations spéciales d'information. Comme dans les obligations d'information du droit commun des contrats[1108], ce sont les moyens de preuve du régime général des obligations qui s'appliquent dans les obligations spéciales d'information. Cette extension des règles du droit commun sur les droits spéciaux a pour fondement les dispositions de l'article 1105 du Code civil. En effet, cet article prévoit que les règles générales du Code civil s'appliquent en droit spécial[1109]. Dès lors, en cas de silence des règles spéciales, le droit commun s'applique d'office. Tel est le cas des moyens de preuve dans les obligations spéciales d'information. Celles-ci ne prévoient aucun mode de preuve pour prouver l'existence ou l'exécution d'une obligation d'information.

Dès lors, les parties peuvent emprunter tous les moyens de preuve à leurs dispositions pour établir l'existence ou l'exécution d'une obligation spéciale d'information précontractuelle. Ainsi, ils peuvent s'utiliser comme moyen de preuve : un écrit, qu'il soit sous une signature privée ou un acte authentique, un témoignage, un aveu judiciaire ou extrajudiciaire, un serment judiciaire ou supplétoire, une présomption simple ou irréfragable[1110].

D'ailleurs, la haute Cour a jugé, dans le cadre d'un contentieux relatif à un dol par dissimulation intentionnelle, que celle-ci pouvait être prouvée par tous les moyens[1111]. De même, on a jugé dans le domaine médical qu'« ayant retenu à juste titre que le médecin, à qui incombe la charge

[1108] L. Vogel, J. Vogel, *Droit de la consommation,* in *Traité de droit économique*, T. 3, *op. cit.*, §391

[1109] *Infra* §254 et s.

[1110] Art. 1363 à 1386-1 C. civ.

[1111] Cass. 1re civ., 23 février 1994, n° 91-20189, Defrénois 1995, p. 876, note Bernard de Saint-Affrique.

de la preuve de ce dont il a informé son patient dans les conditions prévues à l'article L.1111-2 du code de la santé publique, peut s'en acquitter par tous les moyens[1112] ».

Ainsi, en application de la règle sur la liberté de la preuve dans les obligations d'information spéciale, il est possible de retenir dans un contrat de consommation que le professionnel peut emprunter tous les moyens de preuve pour prouver l'exécution de son obligation d'information précontractuelle[1113]. Dans un contrat de distribution, le fournisseur peut prouver par tous les moyens la remise du document d'information précontractuel avant la signature du contrat. Dans les contrats d'assurance, l'assureur peut rapporter par tous les moyens qu'il a remis une fiche d'information ou une notice au souscripteur avant la conclusion du contrat. Notons que cette transposition des règles générales en droit spécial n'est qu'une consolidation du régime probatoire de ce dernier. C'est ce qui fait, d'ailleurs, que la force probatoire des moyens de preuve reste la même en droit spécial.

209. La force probante des moyens de preuve ne change pas dans les obligations spéciales d'information. Ce n'est pas parce que les parties peuvent utiliser les moyens de preuve du régime général des obligations que toutes les preuves se valent. La liberté de la preuve dans les obligations d'information précontractuelle ne remet pas en cause la hiérarchie des preuves. Il existe ainsi des preuves qui ont une forte force probante contrairement à d'autres[1114].

Parmi les preuves ayant une grande force probante dans les obligations d'information, il y a l'aveu judiciaire et le serment judiciaire. La présentation de ces preuves lie le juge. Il n'y a pas de pouvoir d'appréciation possible. Ainsi, un consommateur qui avoue devant un juge avoir reçu les informations précontractuelles déterminantes pour son consentement libère automatiquement le professionnel de son obligation.

À la suite de ces deux preuves vient la preuve littérale. La force probante d'un écrit pour prouver l'exécution d'une obligation d'information précontractuelle varie selon qu'elle est sous signature privée ou par acte authentique. Si l'exécution de l'obligation d'information peut se prouver par acte authentique, une telle preuve est valable jusqu'à une inscription de faux[1115]. Alors que si l'exécution peut se prouver par signature privée, la preuve fait foi entre les parties

---

[1112] Cass. 1re civ., 12 juin 2012, n° 11-18.928 : JurisData n° 2012-012778 ; Resp. civ. et assur. 2012, comm. 246, obs. S. Hocquet-Berg.

[1113] N. Sauphanor-Brouillaud, « Information des consommateurs : Règles communes à l'obligation d'information précontractuelle et à l'information sur les prix », *ibid.* §66

[1114] *Supra* §141 et s.

[1115] Art. 1371 C. civ.

et à l'égard de leurs héritiers et ayants cause[1116]. Dans le cadre des obligations spéciales d'information, l'exécution de ces dernières se prouve souvent par un acte sous signature privé du fait du formalisme notoire dans les droits spéciaux[1117].

Parmi les preuves ayant une faible force probante pour l'établissement des obligations spéciales d'information, on peut citer la preuve testimoniale, la présomption simple, l'aveu extrajudiciaire et le serment supplétoire[1118]. Ces différentes preuves, si elles peuvent permettre de prouver l'exécution d'une obligation d'information, ont une force probante assez faible. En général, elles viennent souvent en complément d'une autre preuve. Ainsi, un professionnel peut en plus d'avoir apporté un écrit pour établir l'exécution de son obligation d'information, renforcer celui-ci par un témoignage, par un serment supplétoire ou encore par un aveu extrajudiciaire. Dans tous les cas, il appartient au juge d'apprécier la valeur de ces preuves pour en tirer la force probante.

En définitive, les obligations spéciales d'information peuvent être prouvées par tous les moyens sans que la force probatoire des moyens de preuve change par rapport au régime général des obligations. Toutefois, dans les obligations spéciales d'information, cette règle est à relativiser au regard de la place qu'occupe l'écrit dans les droits spéciaux.

2. Les limites de la réaffirmation de la liberté de la preuve dans les obligations spéciales d'information

La liberté de la preuve dans les obligations spéciales d'information est à relativiser. À la différence des obligations d'information du droit commun des contrats, l'exécution de la plupart des obligations spéciales d'information s'accompagne d'un formalisme *ad probationem*. En plus, les formulaires écrits sont presque devenus les seuls modes de preuve susceptibles de convaincre les tribunaux.

210. Il existe un formalisme *ad probationem* dans l'exécution des obligations spéciales d'information. Si la preuve est libre dans les obligations spéciales d'information, force est de constater que l'exécution de la plupart des obligations d'information doit suivre un formalisme très rigoureux. Celui-ci, à défaut d'être un formalisme *ad validitatem,* est un formalisme *ad probationem.* Dès lors, le document remis au créancier peut s'utiliser comme preuve de l'exécution de l'obligation d'information en cas de contentieux. Le formalisme vient ainsi

[1116] Art. 1372 C. civ.
[1117] *Infra* §210
[1118] *Supra* §141 et s.

neutraliser la liberté de la preuve des obligations d'information précontractuelle, en plaçant l'écrit comme le seul moyen de preuve capable d'établir le respect de l'obligation d'information. Cette limitation de la liberté de la preuve des obligations d'information peut se déduire dans la plupart des obligations spéciales d'information. En effet, en droit de la distribution, l'article L.330-3 du Code de commerce, en disposant que le fournisseur doit remettre au distributeur préalablement à la signature du contrat un document communiquant des informations sincères, semble considérer la preuve littérale comme étant la seule preuve susceptible d'emporter la conviction du juge[1119]. En effet, sans la « remise » du document d'information précontractuelle, il serait très difficile pour le fournisseur de prouver qu'il a exécuté son obligation d'information précontractuelle. L'exigence d'un écrit dans l'exécution de l'obligation d'information imposerait que la preuve de celle-ci se fasse par écrit. En droit des assurances, l'article L.112-2 du Code des assurances prévoit que l'assureur doit remettre au souscripteur avant la signature du contrat, soit une fiche d'information sur les prix et les garanties, soit un exemplaire du projet de contrat et ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit les garanties assorties des exclusions. Ce formalisme lié à l'exécution de l'obligation d'information dans les contrats d'assurance entraîne forcément des répercussions négatives sur la liberté de la preuve dans l'exécution de l'obligation d'information précontractuelle. En effet, en cas de contentieux, seule la présentation d'une fiche d'information ou d'une notice d'information ou un exemplaire du contrat doit permettre à l'assureur de prouver l'exécution de son obligation d'information. Le juge admet difficilement les autres moyens de preuve. Les dispositions de l'article R.112-3 du Code des assurances expriment clairement cette idée. Cet article prévoit que le souscripteur doit attester par écrit qu'il a reçu les documents d'information de l'assureur. Un tel écrit préconstitue une preuve de l'exécution de l'obligation d'information pour l'assureur. En droit de la consommation, l'article L.111-1 du Code de la consommation, en disposant que « le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible » les informations nécessaires au consentement de ce dernier imposent l'écrit comme la seule modalité d'exécution de l'obligation d'information précontractuelle et par ricochet la seule preuve pouvant prouver l'exécution de celle-ci.

Le formalisme lié à l'exécution des obligations d'information précontractuelle limite donc la liberté de la preuve de l'exécution de celles-ci en plaçant l'écrit comme seul moyen de preuve pouvant convaincre le juge. Cette situation peut se vérifier à travers la jurisprudence.

[1119] Cass. com., 7 janvier 2004, n° 02-12.366, JCP E, 2007, n° 3, p. 32, obs. E. Deberdt

211. Les formulaires écrits sont en passe de devenir les seuls modes de preuve susceptibles de convaincre les tribunaux. Sur application des règles probatoires des obligations d'information du droit commun, les obligations d'information devraient en principe pouvoir se prouver par tous les moyens. Cette liberté a disparu sous l'effet du formalisme informatif, et certaines décisions judiciaires semblent même adhérer à cette primauté absolue de la preuve littérale pour l'établissement de l'exécution de l'obligation spéciale d'information. En effet, selon la Cour de cassation, une Cour d'appel ne pouvait pas écarter la responsabilité d'un médecin en se bornant à retenir que ce dernier avait affirmé avoir donné oralement tous les éléments d'information au patient et que rien ne permettait de mettre en doute ses affirmations alors que d'autres éléments de preuve ne corroborent pas ses dires[1120]. À travers, cet arrêt, la haute Cour semble affirmer que seul un écrit pouvait permettre au médecin de prouver l'exécution de son obligation d'information précontractuelle envers son patient. Ce qui écarte toutes les autres preuves admises pour établir l'exécution d'une obligation d'information précontractuelle[1121].

En droit de la consommation, certains arrêts rendus sur la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information consumériste laissent penser que le professionnel ne peut établir l'exécution de son obligation d'information que par un document écrit. En effet, dans sa décision du 3 avril 2002, la haute Cour avait jugé que le professionnel ne rapportait pas la preuve qu'il avait fourni au consommateur la documentation ou les informations faisant état de l'incompatibilité du matériel fourni et du logiciel dont l'acquéreur était équipé[1122]. En empruntant la notion de « documentation » dans son arrêt, la haute Cour laisse penser que le professionnel ne pouvait prouver l'exécution de son obligation d'information qu'en rapportant des documents écrits capables d'établir la réception des informations déterminantes par le consommateur. Ce raisonnement, à l'image du formalisme informatif, neutralise la liberté de la preuve des professionnels. Ils sont tenus de présenter des preuves littérales pour prouver qu'ils ont bel et bien exécuté leur obligation d'information précontractuelle.

En définitive, par application des règles de preuve des obligations d'information du droit commun des contrats, les obligations d'information peuvent se prouver par tous les moyens. Mais, cette liberté a à relativiser à cause du formalisme informatif excessif des obligations d'information spéciale et à la place que le juge accorde à la preuve littérale dans la hiérarchie

[1120] Cass. 1re civ., 14 oct. 2010, n° 09-70.221 : JurisData n° 2010-018561.

[1121] F. Viney, « À propos de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information », *art. cit.,* doctr. . 879

[1122] Cass. 1re civ. 3 avril 2002, n° 00-12.508 : CCE 2002, n° 131, note L. Grynbaum

des preuves. Toutefois, cette relativité de la liberté de la preuve n'empêche pas la possibilité d'un contrat sur la preuve dans les obligations spéciales d'information.

B. La possibilité de se préconstituer une preuve dans les obligations spéciales d'information

La liberté de la preuve, qui existe à la fois dans les obligations d'information de droit commun et dans les obligations spéciales d'information, permet aux parties de passer des contrats sur la preuve. Il est possible d'emprunter plusieurs modalités pour mettre en place un contrat sur la preuve (1). Toutefois, cette possibilité est à relativiser au regard de certains règles et principes contractuels (2) dans les obligations spéciales d'information.

1. La préconstitution de preuve dans les obligations spéciales d'information

Dans le cadre d'une obligation d'information précontractuelle, les parties peuvent, comme en droit commun des contrats[1123], insérer des clauses de déclaration qui permettront au débiteur de prouver que le créancier est informé. Elles peuvent même rendre formels des contrats consensuels dans le seul but de se préconstituer une preuve.

212. Il est possible d'insérer une clause de déclaration lors de la conclusion du contrat en droit spécial. Comme on l'a vu précédemment, il appartient au créancier de l'obligation d'information de prouver l'existence de celle-ci[1124] et le débiteur de démontrer qu'il a satisfait son devoir d'informer[1125]. Les clauses de déclaration peuvent faciliter ce mécanisme dans les obligations spéciales d'information.

Ce sont des clauses qui permettent aux parties de stipuler que le créancier de l'obligation d'information a reçu l'information déterminante pour son consentement. Une telle stipulation permettra aux parties de se préconstituer une preuve sur l'existence, mais également sur l'exécution de l'obligation d'information précontractuelle. Ainsi, en cas de contentieux lié à l'exécution de l'obligation d'information précontractuelle, chacune des parties peut se prévaloir

[1123] *Supra* §145 et s.
[1124] *Supra* §133
[1125] *Supra* §135 et s.

de la clause de déclaration pour étayer ses propos, facilitant ainsi l'administration de la preuve pour toutes les parties[1126].

Cette diligence des parties permet de remarquer la complémentarité entre la pratique des clauses de déclaration et la nouvelle obligation précontractuelle d'information[1127]. Cette clause est tout à fait valable si on l'analyse en vertu des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. En effet, elle ne limite pas et n'exclut pas l'obligation d'information. Elle permet seulement de matérialiser l'exécution de l'obligation d'information dont la preuve pèse exclusivement sur le débiteur[1128]. Ce qui est interdit ce sont des clauses qui muselleraient l'obligation d'information en permettant au débiteur de ne pas renseigner des faits majeurs pouvant déterminer le consentement du créancier.

Mais pour que la clause puisse servir de preuve, elle doit permettre de démontrer que le créancier a reçu de manière sincère et claire les informations qui intéressaient son consentement. Pour ce faire, la clause doit lister l'ensemble des informations reçues par le créancier. Toutes les données contenues dans la stipulation sont ainsi réputées délivrées au créancier. Toutefois, la mention de la compréhension des informations par le créancier est souhaitable même si elle n'est pas une obligation. En effet, sur la compréhension, l'obligation d'information étant une obligation de moyen[1129], le débiteur n'est pas tenu de prouver que le créancier avait bien compris les informations qu'il lui avait fournies. Le débiteur ne peut pas établir l'exécution de son obligation s'il n'avait délivré au créancier que des informations inutiles. Il ne doit pas également transmettre trop d'information au créancier, car l'excès d'information risquerait de nuire à la qualité de celle-ci, ce qui serait synonyme de violation du devoir d'information.

213. Il est possible de formaliser la conclusion des contrats consensuels. La préconstitution de preuve dans les obligations spéciales d'information peut aussi passer par la formalisation de la conclusion de contrats qui sont pourtant de nature consensuelle. Le formalisme permet de prouver plus facilement l'exécution des obligations d'information. Il suffit de vérifier les documents contractuels que le débiteur a remis au créancier pour savoir si

[1126] Toutefois, une clause attestant la réception de l'information n'est pas en elle-même suffisante pour prouver l'exécution d'une obligation d'information ; V° : Cass. com., 10 janvier 2018, n° 15-25.287, obs. D., 2019, p.783, N. Ferrier ; JCP N, n° 14, 2018, p.1179, A. Bories ; RDC, n° 01, p. 76, 2019, M. Behar-Touchais

[1127] M. Mekki, « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? Le contrat », *RDC,* 2016, p. 483

[1128] *Supra* §135 et s.

[1129] *Supra* §94

on a respecté l'obligation d'information précontractuelle[1130]. La présentation des documents reçus du débiteur permet de mesurer la portée des informations délivrées aux créanciers et de surcroît savoir s'il a reçu toutes les informations déterminantes pour son consentement avant de s'engager dans le contrat.

Dans la plupart des matières où il y a une obligation d'information précontractuelle, le contrat est consensuel. Dans ce genre de contrat, la preuve de l'obligation d'information est plus compliquée à apporter. En effet, le débiteur délivre en général l'information oralement et, en cas de contentieux sur l'exécution de l'obligation d'information, il aura du mal à prouver l'exécution de son obligation d'information précontractuelle.

Toutefois, en formalisant la conclusion du contrat, les parties se préconstituent implicitement une preuve de l'obligation d'information précontractuelle. Le formalisme permet de mettre en évidence l'exécution de l'obligation d'information précontractuelle par les parties.

Ainsi, dans un contrat de consommation, en rendant le contrat formel, le professionnel peut mentionner dans le contrat l'ensemble des informations et documents qu'il a remis au créancier avant la conclusion du contrat. En cas de contentieux, il lui suffira de présenter le contrat pour prouver l'exécution de l'obligation d'information.

Toutefois, cette préconstitution de preuve dans les obligations d'information, bien que rien ne l'interdise, est à relativiser.

2. Les limites de la préconstitution de preuve dans les obligations spéciales d'information

Si la liberté de la preuve dans les obligations d'information permet aux parties de se préconstituer des preuves, cette même liberté probatoire interdit les clauses probatoires qui peuvent créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Dès lors, un contrat sur la preuve est, dans certaines situations, abusif ou insuffisant pour établir l'exécution d'une obligation d'information.

214. Les contrats sur la preuve peuvent être considérés comme des clauses abusives. Depuis la réforme du droit des contrats, le nouvel article 1171 du Code civil prévoit que dans les contrats d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non écrite. En transposant cette règle dans les contrats sur la preuve, on peut dire que toute clause sur la preuve déterminée à l'avance par l'une des parties

[1130] F. Viney, « À propos de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information », *art. cit.,* doctr. 879

et créant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties est réputée non écrite[1131].

Dès lors, dans un contrat d'adhésion, il n'est pas possible d'insérer une clause sur la preuve qui donnerait plus de droit à l'une des parties. Le déséquilibre significatif serait caractérisé si la clause fait peser la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information exclusivement sur le créancier. Aussi, il y aurait déséquilibre significatif si la clause oblige le créancier à un mode de preuve particulier, difficilement accessible pour l'établissement de l'exécution de l'obligation d'information. Dans toutes ces situations, la clause sur la preuve n'est pas valable, elle ne peut donc pas établir l'exécution de l'obligation d'information.

Cette restriction de la liberté probatoire des obligations d'information peut être étendue à toutes les obligations spéciales d'information. D'ailleurs, cette règle est bien connue en droit de la consommation[1132]. En effet l'article R.212-2, 9° du Code de la consommation considère comme abusives toutes clauses qui limitent indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur. Les parties d'un contrat de consommation ne peuvent donc pas, par l'effet d'une clause, imposer un moyen de preuve particulier au consommateur. Par ailleurs, la commission des clauses abusives a déclaré dans un avis[1133] qu'une « clause préétablie destinée à prouver l'accomplissement du devoir d'explication est une clause abusive »[1134].

215. Les contrats sur la preuve peuvent être insuffisants pour prouver l'exécution d'une obligation d'information. Un contrat sur la preuve n'est pas toujours efficace pour établir l'exécution d'une obligation d'information précontractuelle. L'appréciation de la valeur de la preuve relève du pouvoir souverain des juges du fond. Seuls ces derniers peuvent reconnaître à un contrat probatoire une valeur. Dès lors, une simple clause qui stipule que le créancier a reçu toutes les informations déterminantes pour son consentement serait insuffisante à matérialiser à elle seule cette réception[1135]. La Cour d'appel de Paris a eu à se prononcer sur cette question. En effet, dans un contrat de franchise, une clause de style stipulait que « le franchisé reconnaît expressément avoir eu communication vingt jours au moins avant la signature du présent contrat des informations mentionnées à l'article 1er du décret n° 91-337 du 4 avril 1991 pris en application de l'article 1er de la loi n° 98-1008 du 31 décembre 1989 et du projet de contrat de

[1131] C. Grimaldi, « La preuve et le contrat d'adhésion », *RDC*, n° 02, 2019, p. 135

[1132] L. Siguoirt, « Preuve des obligations : Admissibilité des modes de preuve, Impossibilité de la preuve écrite », Fasc. 154-3, JCl Notarial Répertoire, 2018

[1133] CCA avis 13-01 relatif au contrat de crédit à la consommation, RTD com. 2013, p. 789, obs., D. Legeais,

[1134] D. Legeais, « Une clause préétablie destinée à prouver l'accomplissement du devoir d'explication est une clause abusive », *RTD com*. 2013, p.789

[1135] C. Grimaldi, « La preuve et le contrat d'adhésion », *RDC*, n° 02, 2019, p. 135

franchise objet des présentes. Par conséquent, le franchisé s'engage en toute connaissance de cause sur la base des éléments pertinents qui lui ont été fournis par le franchiseur, éléments précis, sérieux et objectifs qu'il ne conteste pas ». Mais, le franchisé conteste par la suite avoir reçu toutes les informations déterminantes pour son consentement. La question se posait ainsi de savoir si la clause sur la réception des informations pouvait décharger le franchiseur en établissant l'exécution de son obligation d'information précontractuelle. À cette question, la haute Cour a estimé que le franchiseur « ne démontre pas qu'un DIP a été effectivement communiqué à la société EG [franchisé], au minimum dans les 20 jours précédant la signature du contrat de franchise. En effet, le DIP n'est pas communiqué dans le cadre de la présente instance par aucune des parties et aucune preuve de la remise effective d'un tel document n'est par ailleurs apportée : la seule clause de style contractuelle reprise ci-dessus ne peut en soi suffire à apporter cette preuve. Cette clause ne peut donc pas à elle seule, à défaut d'autres éléments, suffire à établir que la société BANC [franchiseur] a rempli les obligations qui lui incombent »[1136].

Par ailleurs, la Cour de cassation a jugé qu'une clause attestant la réception de l'information n'est pas en elle-même suffisante pour prouver l'exécution d'une obligation d'information. En effet, les juges du droit ont censuré dans leur arrêt du 10 janvier 2018 une Cour d'appel qui avait rejeté la demande de nullité d'un contrat de franchise « par motifs propres et adoptés, que M. Y... a attesté que le document d'information précontractuelle reprenait les éléments définis par l'article L. 330-3 du code de commerce, qu'il connaissait le concept de la franchise et son fonctionnement et que, dans plusieurs courriels échangés, il en a reconnu les mérites ». La haute Cour estime qu'en « se déterminant par de tels motifs, sans vérifier par elle-même que le document d'information précontractuelle comportait les informations conformes aux exigences de l'article L. 330-3 susvisé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »[1137].

En définitive, l'articulation des règles probatoires des obligations d'information du droit commun des contrats avec les obligations spéciales d'information montre que la plupart du temps, les premières ne feront que consolider les règles déjà existantes des secondes, tant du point de vue du fardeau de la preuve que du point de vue des modes de preuve. À présent, il faut s'intéresser à l'articulation des sanctions.

[1136] CA Paris, 12 septembre 2018, n° 15/14222 ; *adde* : CA Paris, Pôle 5, 4e ch., 23 mai 2018, n° 16/0730

[1137] Cass. com., 10 janvier 2018, n° 15-25.287, obs. D., 2019, p.783, N. Ferrier ; JCP N, n° 14, 2018, p.1179, A. Bories ; RDC, n° 01, p. 76, 2019, M. Behar-Touchais

Section II : La consolidation des sanctions des obligations spéciales d'information

Les sanctions du manquement des obligations d'information précontractuelle du droit commun des contrats peuvent, avec l'articulation, consolider les sanctions des obligations spéciales d'information. Ainsi, un manquement à une obligation spéciale d'information sera toujours, selon la gravité de la faute, sanctionné soit par la nullité du contrat (§1) soit par l'allocation de dommages et intérêts (§2).

§1 : La consolidation de la nullité du contrat dans les obligations spéciales d'information

La possibilité d'articuler le devoir général d'information avec les obligations spéciales d'information précontractuelle permet de consolider les sanctions de la violation de celles-ci. En effet, même si la plupart des obligations spéciales d'information n'évoquent nulle part la possibilité pour les victimes d'un défaut d'information de solliciter la nullité du contrat, il faut quand même noter que la jurisprudence appliquait déjà la nullité en cas de manquement à une obligation spéciale. Dès lors, les nouvelles règles du droit commun des contrats permettront d'asseoir textuellement la nullité dans les contrats de consommation (A) et dans les contrats d'affaires (B).

A. La consolidation de la possibilité de nullité dans les contrats de consommation

En application des sanctions des obligations d'information précontractuelle du droit commun des contrats dans les contrats de consommation, la nullité peut être encourue pour vice du consentement aussi bien pour les contrats régis par le code de la consommation (1) que pour les contrats d'assurance (2).

1. La nullité du contrat de consommation

Si on applique les sanctions du vice du consentement en cas de manquement à une obligation d'information de droit commun dans les obligations d'information consumériste, les contrats conclus sous l'égide du Code de la consommation peuvent être annulés. Une telle possibilité d'extension des règles des obligations d'information du droit commun au droit de la consommation s'explique par le fait que ce dernier ne prévoit pas de nullité en cas de

manquement à une obligation d'information consumériste. Dès lors, les nullités des obligations d'information du Code civil viennent combler le silence du Code de la consommation.

216. Les textes consuméristes ne prévoient pas de nullité du contrat en cas de manquement à une obligation d'information. En lisant les dispositions sur les sanctions applicables aux manquements des obligations d'information consumériste, on peut se rendre compte que le législateur consumériste ne sanctionne pas toutes les violations d'obligation d'information[1138]. Pire, les quelques dispositions qui sanctionnent les manquements ne visent pas la nullité du contrat[1139].

La sanction la plus répandue, en cas de violation d'une obligation d'information consumériste, c'est l'amende. L'amende constitue la sanction de principe des manquements des obligations d'information du code de la consommation. Elle s'applique en cas de méconnaissance de l'obligation générale d'information précontractuelle[1140], des obligations d'information des contrats conclus à distance[1141] et hors établissement[1142], des obligations d'information des contrats relatifs au gaz de pétrole liquéfié[1143], des obligations d'information des contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques[1144], des obligations d'information des contrats de services de communications électroniques[1145], des obligations d'information des contrats conclus dans les foires et salons[1146] et des obligations d'information des contrats d'achats de métaux précieux[1147]. Dans tous ces contrats, le manquement à obligation d'information est sanctionné par une amende administrative qui va de 3000 € à 150 000 €.

Mais, au-delà de l'amende administrative, certaines violations d'obligations d'information consumériste sont sanctionnées par la déchéance des intérêts dus au débiteur[1148]. Tel est le cas

---

[1138] Les obligations d'information visant les contrats conclus à distance portant sur des services financiers (art. L222-5 C. consom.), les contrats de fourniture d'électricité ou de gaz naturel (art. L224-3 à L224-5 C. consom.), et les contrats de crédits renouvelables n'ont aucune sanction (art. L312-62 et L312-63 C. consom.)

[1139] J. Julien, *Droit de la consommation*, *op. cit.,* §79 ; Jérôme Lasserre Capdeville, AL., Droit Bancaire, D. 2017, §624 ; Y. Picod, N. Picod, *Droit de la consommation*, *op. cit.,* §243 ; N. Dupont, « Les obligations légales d'information à la charge des professionnels : intérêts et limites », in *Protection des consommateurs : les nouveaux enjeux du consumérisme »,* D. Roux, L. Nabec (coord.), *ems mangement et société*, 2016, p. 85

[1140] Articles L131-1 ; L131-2 et L131-4 C. consom.

[1141] G. Brunaux, *Le contrat à distance au XXI^e siècle,* préf. N. Sauphanor-Brouillaud, LGDJ, 2010, §576

[1142] Art. L242-10 C. consom.

[1143] Art. L242-18 C. consom.

[1144] Arti. L242-18-4 C. consom.

[1145] Art. L242-20 C. consom.

[1146] Art. L242-23 C. consom.

[1147] Art. L242-36 C. consom.

[1148] J. Ghestin, Gr. Loiseau, Y-M. Serinet, *Formation du contrat : Le contrat – Le consentement,* in Traité de droit civil, *op. cit.,* §1627

du manquement des obligations d'information applicables au crédit à la consommation[1149], des obligations d'information au crédit immobilier[1150] et des obligations d'information au prêt viager hypothécaire et au prêt avance mutation[1151].

Par ailleurs, d'autres violations d'obligations d'information sont sanctionnées par des nullités automatiques. C'est notamment le cas des manquements des obligations d'information applicables aux contrats d'utilisation de biens à temps partagé, aux contrats de produit de vacances à long terme, aux contrats de revente, aux contrats d'échange[1152] et aux contrats de courtage matrimonial[1153].

Il n'apparaît donc nulle part dans le Code de la consommation, une sanction par la nullité en cas de manquement à une obligation d'information. Il n'y a pas non plus de renvoi aux sanctions des dispositions régissant les obligations d'information du droit commun, notamment l'article 1112-1 du Code civil.

Toutefois, le silence du législateur consumériste sur la nullité en cas de violation d'une obligation d'information et le défaut de renvoi aux sanctions d'obligations d'information du droit commun des contrats ne constitue pas un obstacle à l'application de celles-ci en droit de la consommation. Elles peuvent tout à fait combler les vides juridiques du droit de la consommation sur ce point.

217. La nullité des obligations d'information du droit commun des contrats peut combler les vides juridiques dans les contrats de consommation. Le législateur consumériste méconnaît la nullité du contrat en cas de violation d'une obligation d'information précontractuelle. Désormais, les sanctions des obligations d'information du droit commun des contrats peuvent compléter ce vide juridique.

L'article 1105 du Code civil, prévoyant la possibilité d'articuler les dispositions du droit commun avec celles du droit spécial, permet dorénavant aux consommateurs d'avoir un fondement textuel pour demander la nullité lorsque le professionnel méconnaît son obligation d'information précontractuelle.

Les auteurs, après avoir regretté l'attitude du législateur consumériste[1154], saluent la consécration dans le droit commun des contrats d'un devoir d'information et surtout de la

[1149] Article L341-1 C. consom.
[1150] Art. L341-25 et L341-26 C. consom.
[1151] Art. L341-54 C. consom.
[1152] Art. L242-26 C. consom.
[1153] Art. L242-32 C. consom.
[1154] Ce regret est exprimé par les commentateurs du Code de la consommation, *D.*, sous art. L.131-1

possibilité pour les consommateurs de recourir à ces dispositions pour obtenir la nullité[1155]. Rappelons que l'article 1112-1 du Code civil prévoit que le contrat conclu en violation d'une obligation d'information précontractuelle peut être annulé dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivant du Code civil. Comme en droit commun, les consommateurs doivent démontrer l'existence d'un vice du consentement s'ils entendent poursuivre l'annulation du contrat[1156]. Si le consommateur ne parvient pas à démontrer que le défaut d'exécution d'obligation d'information lui a vicié son consentement, il ne pourrait pas invoquer les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil.

Cependant, malgré l'absence de nullité dans le Code de la consommation, la jurisprudence permettait déjà aux consommateurs de recourir à cette sanction. L'invocation du droit commun ne sera donc qu'une continuité. Mais, l'intérêt avec les dispositions des obligations d'information du Code civil pour les consommateurs, c'est qu'ils ont désormais entre les mains un texte légal qui leur permet de fonder plus facilement leurs actions. Le juge examinera aussi plus facilement les manquements des obligations d'information devant entraîner la nullité sur le fondement du droit commun. En effet, il ressort d'un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 18 novembre 2021 qu'« il est constant que le non-respect de l'obligation d'information permet, outre d'engager la responsabilité de celui qui y est tenu, de demander l'annulation du contrat à condition toutefois qu'il en résulte un vice du consentement »[1157].

La sanction par la nullité du devoir général d'information peut donc compléter les vides juridiques constatés en droit de la consommation, ce qui est une continuité de la jurisprudence. Le même constat peut être fait pour ce qui est des contrats d'assurance.

2. La nullité du contrat d'assurance

En droit des assurances, les articles L.112-2 et L.113-8 du Code des assurances imposent à la fois à l'assureur et au souscripteur d'assurance de s'informer mutuellement sur tous les faits déterminants pour leurs consentements[1158]. Toutefois, le manquement à cette obligation d'information par l'assureur n'est pas expressément sanctionné par la nullité du contrat d'assurance, à la différence du manquement commis par le souscripteur. Dès lors, en application

[1155] N. Sauphanor-Brouillaud, « Information des consommateurs : Règles communes à l'obligation d'information précontractuelle et à l'information sur les prix », *op. cit.* §85

[1156] *Supra* §157 et s.

[1157] CA Bordeaux - ch. civ., 01, 18 novembre 2021, n° 20/00726

[1158] *Supra* §181 et s.

des nouvelles dispositions de l'article 1112-1 du Code civil dans les contrats d'assurance, la nullité du contrat peut être encourue sur le fondement de la dissimulation intentionnelle.

218. Les textes du droit des assurances ne prévoient pas de nullité du contrat si l'assureur manque à son obligation d'information. Selon les dispositions de l'article L.112-2 du Code des assurances, l'assureur est tenu de fournir au souscripteur dans un premier temps une fiche d'information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat. Dans un second temps, il doit remettre au souscripteur un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré[1159]. Toutefois, ce qui est marquant dans cette disposition, ce n'est pas seulement l'obligation à l'assureur de renseigner le souscripteur sur le prix et les garanties, mais c'est aussi l'absence de nullité du contrat d'assurance en cas de manquement à l'obligation d'information par l'assureur[1160]. Dès lors, en application des textes du droit des assurances, le souscripteur n'a aucun fondement textuel pour demander la nullité du contrat d'assurance s'il est victime d'une dissimulation intentionnelle de la part de l'assureur[1161].

Selon la doctrine, ce silence s'explique par le fait que la fiche d'information, la notice et le projet de contrat ne valent pas un engagement contractuel. Le défaut de délivrance de ces documents ne peut donc pas être sanctionné par la nullité du contrat d'assurance[1162]. Toutefois, il faut quand même reconnaître que, même si ces documents ne valent pas un engagement contractuel, ils peuvent exercer une influence considérable sur le consentement du souscripteur. En effet, une fausse information contenue dans ces documents peut induire en erreur le souscripteur. L'influence de ces documents précontractuels ne doit pas dès lors rester impunie s'ils contiennent de fausses informations.

C'est pourquoi, en l'absence de texte, la haute juridiction a retenu comme sanction du manquement à l'obligation d'information par l'assureur, l'inopposabilité[1163]. Ainsi, toutes les informations contenues dans les documents précontractuels ne peuvent être opposées à l'assuré en cas de dissimulation intentionnelle. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'il incombait à l'assureur d'établir à l'égard de l'assuré qui contestait l'opposabilité des clauses limitatives invoquées que

---

1159 *Supra* §181 et s.

1160 J. Bonnard**,** *Droit des assurances,* 5e éd., 2016, §157

1161 J. Bigot, V. Heuzé, Al., *Le contrat d'assurance,* in Traité de droit des assurances, *op. cit.,* §496

1162 S. Abravanel-jolly, *Droit des assurances*, *op. cit.,* §118 ; M. Asselain, C. Vercoutere, *Droit des assurances*, RB, 2013, §148

1163 S. abravanel-Jolly, « Les sanctions de l'obligation d'information en droit des assurances », Acte du colloque l'information en assurances, *RGDA*, 2007, p.483

les conditions générales où figuraient ces clauses avaient été portées à la connaissance du souscripteur et acceptées par lui au moment de la signature du contrat[1164]. Si la pertinence de cette sanction à l'égard du souscripteur est incontestable, il faut tout de même reconnaître que le législateur du droit des assurances aurait pu, au nom de la liberté contractuelle, permettre à l'assuré d'agir en nullité du contrat.

Toutefois, ce silence ne doit pas empêcher aujourd'hui le souscripteur d'assurance à invoquer la nullité du contrat si une information déterminante lui a été dissimulée au regard des nouvelles dispositions des articles 1105 et 1112-1 du Code civil.

219. Le silence des textes du code des assurances ne fait pas obstacle à la nullité du contrat si un assureur manque à son obligation d'information. Avec la nouvelle obligation d'information précontractuelle de droit commun, l'assuré peut bénéficier d'une sanction beaucoup plus dynamique que l'inopposabilité des restrictions non portées à sa connaissance lors de la conclusion du contrat[1165]. En effet, les nouvelles dispositions de l'article 1105 du Code civil prévoient que le droit commun des contrats est applicable en droit spécial. Autrement dit, les textes du droit commun des contrats s'appliquent aux situations spéciales chaque fois qu'il y a une compatibilité avec les dispositions spéciales[1166].

Dès lors, sur la nullité du contrat en cas de manquement à une obligation d'information précontractuelle, les nouvelles dispositions de l'article 1112-1 du Code civil et le droit des assurances ne s'opposent pas. Au contraire, la sanction du manquement de l'obligation d'information de droit commun peut combler la sanction du manquement à l'obligation d'information de l'assureur. Un assuré peut ainsi demander la nullité du contrat si un assureur ne lui avait pas livré les informations déterminantes pour son consentement.

Toutefois, si du point de vue juridique, rien n'empêche l'assuré de solliciter la nullité du contrat, il se pose toutefois la question de l'intérêt de cette sanction pour l'assuré. En effet, l'objectif du contrat d'assurance c'est de couvrir les éventuels dommages de l'assuré. Ce dernier ne pourra pas bénéficier de cette couverture en cas de nullité du contrat d'assurance. La nullité du contrat d'assurance en cas de manquement à une obligation d'information de l'assureur, bien que possible, ne semble pas présenter d'intérêt pour l'assuré. L'inopposabilité semble la sanction plus intéressante pour les souscripteurs.

[1164] Cass., 2e civ., 5 février 2004, n° 01-03.585 ; *adde*: Cass., 2e civ, 24 novembre 2011 : RCA 2012, n° 27, note H. Groutel ; Cass., 2e civ, 24 mai 2006 : RCA 2006, n° 320 ; Cass., 2e civ, 5 novembre 2020, n° 19-20.728 : RGDA, 2020, p. 15, note A. Pimbert

[1165] P. Bertrand, « Réforme du droit des contrats : quel impact sur le contrat d'assurance ? » *art. cit.,* p. 1156

[1166] *Supra* §256

Après cette constatation sur l'inintérêt de la nullité du contrat d'assurance pour l'assuré, il faut quand même relever que l'anéantissement du contrat peut, dans certaines situations, présenter un intérêt non négligeable pour l'assuré. En effet, si celui-ci prend connaissance par exemple d'une restriction en cours de contrat avant la réalisation du sinistre, il peut demander la nullité du contrat sans encourir de perte. Cette sanction lui permettra, outre la restitution des primes déjà versées à l'assureur, de demander des dommages et intérêts pour perte de chance[1167]. L'inopposabilité ne permet pas à la victime de demander réparation. La nouvelle obligation d'information précontractuelle donne ainsi à l'assuré plus de possibilités du point de vue des sanctions que les dispositions du droit des assurances. L'assuré peut aujourd'hui choisir librement la sanction du manquement à l'obligation d'information s'il se fait tromper volontairement par son assureur.

En définitive, on constate qu'en articulant les sanctions des obligations d'information de droit commun avec les sanctions des obligations consuméristes, que la nullité prévue en cas de manquement volontaire à une l'obligation d'information de droit commun peut être étendue aux contrats de consommation et aux contrats d'assurance. Le même constat peut être fait dans des contrats de distribution.

B. La consolidation de la possibilité de nullité dans les contrats d'affaires

En appliquant les sanctions des obligations d'information du droit commun aux contrats d'affaires, on peut se rendre compte que ceux-ci peuvent encourir la nullité si le manquement a été commis intentionnellement comme le prévoit actuellement la jurisprudence (2). Par ailleurs, cette consolidation de la nullité dans les contrats d'affaires conforte aussi l'idée selon laquelle il ne peut pas y avoir de nullité automatique en cas de non-remise d'un document d'information précontractuelle dans un contrat de distribution (1).

1. La réaffirmation de l'exclusion de la nullité automatique

En droit commun des contrats, le manquement à une obligation d'information précontractuelle n'est pas sanctionné automatiquement par la nullité du contrat malgré le caractère d'ordre public de celle-ci. Le même constat peut être fait en cas de manquement aux dispositions de l'article L.330-3 du Code de commerce. Le régime des nullités des obligations spéciales

[1167] *Infra* §224 et s.

d'information ne fera donc que réaffirmer l'exclusion de la nullité automatique en droit de la distribution. Toutefois, cela n'a pas toujours été ainsi. Le juge avait d'abord appliqué la nullité automatique aux contrats qui ne respectaient pas la loi Doubin avant de se raviser. Les nouvelles obligations d'information du Code civil ne feront ainsi que conforter la nouvelle position des juges.

220. Le non-respect de la loi Doubin entraînait automatiquement la nullité du contrat de distribution. Comme toutes les obligations d'information précontractuelle, les dispositions de l'article L.330-3 du Code de commerce sont d'ordre public. Cette identité des obligations d'information précontractuelle implique que les parties ne peuvent ni exclure ni limiter leurs devoirs d'information. Toute clause remettant en cause cette interdiction est réputée non écrite[1168].

Dès lors, cette caractéristique de l'obligation d'information précontractuelle peut laisser penser que tout manquement à celle-ci est sanctionné d'office par la nullité du contrat, surtout en droit de la distribution où le législateur n'a pas indiqué de sanctions civiles. En effet, la loi Doubin prévoit que le manquement à une obligation d'information précontractuelle est sanctionné par une amende administrative[1169].

Il est ainsi possible de penser, eu égard au caractère d'ordre public des dispositions de l'article L.330-3 du Code de commerce et de sa sanction pénale, que, sur le plan civil, tout défaut de remise du document d'information précontractuelle doit être sanctionné par la nullité du contrat. En effet, ces deux caractéristiques de la loi Doubin peuvent laisser croire que le législateur, en instaurant une obligation d'information précontractuelle, a voulu protéger à la fois les distributeurs et le marché. L'article L.330-3 du Code de commerce semble d'ailleurs être une condition de validité du contrat[1170]. Ainsi, tout manquement aux exigences de l'article L.330-3 du Code de commerce devrait être sanctionné automatiquement par la nullité du contrat sans qu'il y ait lieu d'établir un vice du consentement[1171].

Cette analyse a été retenue par la jurisprudence au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi Doubin. En effet, la Cour d'appel de Paris avait jugé dans un arrêt rendu le 30 juin 1994 que « la méconnaissance, par le franchiseur, des termes de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 dite loi Doubin et de l'article 1er de son décret d'application du 4 avril 1991, affecte de

[1168] *Supra* §101 et s.

[1169] Art. R.330-2 C. com.

[1170] D. Ferrier, « L'obligation d'informer le futur franchisé », in Information, mise en garde, compétence, etc. Toujours plus d'informations à la charge du professionnel, colloque ; Paris, 2011, *RDC*, 2012, n° 3, p. 1068

[1171] J. -M. Leloup, La franchise, droit et pratique, Delmas, *op. cit.*, § 944

nullité l'ensemble des rapports contractuels »[1172]. Les juges d'appel ont réitéré cette solution à plusieurs reprises[1173], en soulignant que le débiteur est responsable des informations qu'il délivre au créancier[1174]. L'information étant délivrée à ce dernier pour qu'il puisse s'engager en toute connaissance de cause, cet objectif ne peut être atteint si l'information censée éclairer le créancier ne lui a pas été délivrée par le débiteur.

Cette position de la jurisprudence présentait beaucoup d'intérêt. En effet, avec la nullité automatique du contrat de distribution, la loi Doubin était devenue très efficace pour protéger les parties faibles. Le formalisme informatif découlant de cette sanction n'était pas excessif pour la protection des distributeurs et du marché. Malheureusement, la Cour de cassation a mis fin à la nullité automatique en droit de la distribution.

221. Le non-respect de la loi Doubin n'est plus sanctionné automatiquement par la nullité du contrat. La consécration de la nullité automatique par la jurisprudence n'a pas prospéré longtemps. La doctrine avait estimé que l'annulation automatique du contrat en cas de manquement aux exigences de la loi Doubin n'était pas justifiée. En effet, si c'est la sanction pénale du manquement qui avait entraîné cette position jurisprudentielle, force est de reconnaître que celle-ci est contraventionnelle. Elle ne prend ainsi pas en compte l'intention de tromper du débiteur de l'information[1175].

C'est ainsi que la Cour de cassation a mis fin à la nullité automatique du contrat en cas de non-respect des dispositions de loi Doubin[1176]. La haute juridiction avait censuré des juges d'appel qui avaient estimé que le non-respect par le débiteur de son obligation d'information

---

[1172] CA Paris, 5e ch., sect. B, 30 juin 1994, JurisData : 1994-023139

[1173] CA paris 24 mars 1995, Juris-Data 021147 ; D. 1995, IR p. 138 ; CA paris 17 mai 1995, Juris-Data 022611, D. 1997, somm. p. 55, obs. D. Ferrier ; RJDA 3/96, n° 331 ; CA paris 5 décembre 1996, Lettre de la FFF, mai 1997, n° 88, p. 5, obs. H. Bensoussan ; CA Montpellier, 4 décembre 1997, RG 96/0002498, lettre de la distribution, décembre 1997, obs. Ph. N. L. et 21 mars 2000 ; lettre de la distribution mai 2000.

[1174] D. Ferrier, « Nullité du contrat de franchise**Erreur ! Signet non défini.** lorsque le franchiseur ne délivre pas l'information précontractuelle prévue par la loi », *D*. 1997. 55

[1175] J. -M. Leloup, La franchise, droit et pratique, Delmas, *op. cit.*, § 946

[1176] D. Ferrier, note sous Cass. com., 2 décembre 1997, n° 95-21.563, « Le non-respect de l'obligation précontractuelle d'information du franchiseur n'est pas, en soi, constitutif d'un dol », *D.* 1998, p. 334 ; Th. Hassler, note sous, Tri. Com. Paris 22 mars1993, « La loi Doubin du 31 décembre 1989 s'applique aux contrats de concession conclus par les stations de radio », *D*. 1994, p. 281

précontractuelle était constitutif d'un dol sans déterminer celui-ci[1177]. La jurisprudence rendue au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi Doubin n'était donc pas stable[1178].

Cela peut semer des doutes quant à l'application automatique de la nullité du contrat en cas de non-respect de l'article L.330-3 du Code de commerce. En effet, en combinant le caractère d'ordre public et la sanction pénale de celle-ci, la nullité automatique peut être encourue. Or cette approche, quoique pertinente, comporte un risque de sécurité contractuelle non négligeable pour les parties. Un contrat de distribution peut ainsi être annulé pour défaut de respect de l'obligation d'information précontractuelle alors que le débiteur n'avait aucunement l'intention de tromper son cocontractant. Anéantir ainsi le contrat pour ce seul fait ne peut pas constituer un gage d'attractivité et d'efficacité pour le droit de la distribution[1179].

Relativement à ces inquiétudes, les nouvelles obligations d'information précontractuelle peuvent constituer une solution très importante pour le secteur de la distribution. En effet, avec l'avènement des nouvelles obligations d'information du droit commun des contrats, ces difficultés peuvent disparaître. Il résulte du droit commun que le non-respect de ces obligations d'information précontractuelle ne peut être sanctionné automatiquement par la nullité[1180]. En appliquant ces obligations d'information en droit de la distribution, comme le permet l'article 1105 du Code civil, il est possible de retenir que la nullité du contrat de distribution ne peut être prononcée d'office en cas de manquement à une obligation d'information précontractuelle. Les obligations d'information de droit commun apportent ainsi un nouveau souffle de clarté à la nullité dans les contrats de distribution qui pouvaient jusqu'à présent être teintés d'incertitudes. Désormais, sans vice du consentement, un simple manquement à une obligation d'information ne peut pas entraîner automatiquement la nullité du contrat.

2. La réaffirmation de la nécessité d'un vice du consentement

Le silence de la loi Doubin sur la nullité du contrat en cas de non-respect de l'obligation d'information, a conduit la jurisprudence à adopter des positions parfois contradictoires quant

[1177] Cass. com., 2 décembre 1997, 95-21.563, D. 1998, somm. P. 334, obs. D. Ferrier ; *adde* : Cass. com. 19 octobre 1999 : D. 2001, somm. P. 296, obs. D. Ferrier ; Cass. com. 21 novembre 2000, JCP E 2001, 712, note L. Leveneur ; Cass. com. 14 juin 2005, RDC 2005, 1133, obs. M. Behar-Touchais ; Cass. com. 20 mars 2007, n° 06-11.290 ; Cass. Com. 15 mars 2011, n° 10-11.871 ; T. com. Paris, 22 mars 1993, D. 1994, Somm. p. 281, obs. T. Hassler ; CA Versailles, 6 mai 1997, Lettre distrib. 1997-5

[1178] J. Mestre, note sous Cass. com., 10 février 1998, n° 95-21.906, « Une belle illustration de la réserve de la Cour de cassation à l'égard du prononcé de la nullité », *RTD civ.,* 1998, p. 365

[1179] F. Buy, M. Lamoureux, J-C. Roda, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, §84

[1180] *Supra* §157 et s.

à l'automaticité de cette sanction. Elle avait estimé dans un premier temps que la nullité du contrat était automatique avant d'exiger un vice de consentement. Ce qui pouvait être considéré comme un doute chez les juges. Désormais, ce doute ne doit plus exister. L'articulation de la loi Doubin avec les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil permet de constater que la nullité d'un contrat de distribution n'est possible que si le manquement à l'obligation d'information a entraîné un dol ou une erreur chez le créancier.

222. Le dol qui résulte d'un manquement à une obligation d'information précontractuelle en droit de la distribution est une cause de nullité. Le législateur a prévu une obligation d'information en droit de la distribution sans préciser si la nullité du contrat peut être encourue en cas de dol. Ce silence peut désormais être contourné par le droit commun des contrats.

Les victimes d'un dol consécutif à un manquement à la loi Doubin peuvent saluer le législateur de la réforme du droit des contrats qui a mis en place une obligation précontractuelle d'information assortie de nullité en cas de dol. Cette consécration est importante parce qu'elle permet de répondre aux différents vides qui existent dans les obligations spéciales d'information précontractuelle[1181]. Les plaideurs peuvent désormais se tourner vers les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil pour demander la nullité lorsque le litige est relatif à une violation d'une obligation d'information précontractuelle[1182].

En revanche, il faut relever que pour pouvoir obtenir gain de cause, la victime doit démontrer l'existence d'un dol. Elle doit ainsi prouver dans un premier temps l'existence d'une obligation d'information, dans un deuxième temps établir que le débiteur n'a pas satisfait à cette exigence et enfin de prouver que ce manquement a été frauduleux[1183]. L'insatisfaction d'une de ces conditions peut entraîner le rejet de la requête du plaideur.

Ces exigences ne poseront pas trop de difficulté puisque la jurisprudence avait déjà admis la nullité de contrats de distribution pour dol. On a jugé « qu'en occultant les raisons de l'échec du précédent franchisé ainsi que les répercussions qui en ont découlé sur le secteur au regard de la réputation commerciale de l'enseigne, en procédant à une présentation erronée du réseau et en opérant une transmission erronée des chiffres prévisionnels, le franchiseur a enfreint son obligation de sincérité sur des données nécessairement déterminantes au regard du consentement du franchisé et que les informations transmises, par leur caractère erroné et dénué de sérieux, sont révélatrices de la volonté délibérée de la société SDAR de tromper le

[1181] M. Malaurie-Vignal, « Le dé-tricotage de la loi Doubin », *Contrats, conc. consom.* 2016, comm. 65. p.27
[1182] D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit*., §314
[1183] *Supra* §133

consentement de son cocontractant »[1184]. Bien avant cet arrêt, la haute Cour avait déjà estimé : « ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989, la cour d'appel qui annule des contrats de location-gérance au seul motif que les avant-projets de contrat n'ont pas été communiqués avant la signature, sans rechercher si le défaut d'information avait eu pour effet de vicier le consentement des locataires gérants »[1185].

Les nouvelles dispositions du droit commun des contrats auront ainsi le mérite de justifier textuellement les dols qui seront constatés dans les contrats de distribution. Elles permettront par ailleurs de rendre plus lisible la jurisprudence à venir sur la nullité des contrats de distribution résultant d'un dol. Elles éviteront ainsi un retour vers l'automaticité de la nullité du contrat dès la constatation d'un manquement à la loi Doubin. En plus du dol, un contrat de distribution peut aujourd'hui être annulé pour erreur si celle-ci résulte d'un manquement à une obligation d'information précontractuelle.

223. L'erreur qui résulte d'un manquement à une obligation d'information précontractuelle en droit de la distribution est une cause de nullité. En plus de la nullité fondée sur un dol, le contrat de distribution peut aussi être annulé aujourd'hui pour manquement à une obligation d'information précontractuelle. En effet, lorsque le manquement à une obligation d'information n'a pas été commis dans le but de tromper, il peut malgré tout induire en erreur le bénéficiaire de l'information. La victime de cette inattention peut ainsi contracter sur la base de ces informations erronées. Mais, elle ne pourra pas demander la nullité du contrat pour dol puisqu'il n'y a pas eu une intention de tromper. Il y a une fausse information qui a conduit à un consentement erroné. C'est là que l'invocation de l'erreur par la victime peut s'avérer importante. En effet, l'erreur ne nécessite pas la démonstration d'une intention de tromper. La victime doit juste prouver qu'elle s'est trompée sur les qualités essentielles de la prestation du fait du manquement de l'autre partie[1186]. Ainsi, au même titre qu'il est admis que l'erreur qui résulte d'un dol est une cause de nullité[1187], on pourrait affirmer que l'erreur qui résulte d'un manquement à obligation d'information, même non intentionnelle, est une cause de nullité.

Dès lors, en appliquant ce raisonnement en droit de la distribution, on peut affirmer que toute erreur résultant d'un manquement intentionnel ou non d'une obligation d'information

---

[1184] Cass., 1re civ., 3 novembre 2016, n° 15-24.886, AJ Contrat 2017, p. 85, obs. A. Bories ; D. 2017, p. 881, D. Ferrier

[1185] Cass. com., 10 février 1998, n° 95-21906, Bull. civ., IV, n° 71 ; Defrénois 1998, p.733, obs. Ph. Delebecque ; RTD civ., 1998, p. 365, obs. Mestre J.

[1186] Art. 1133 et s. C. civ.

[1187] Art. 1139 C. civ.

précontractuelle est une cause de nullité du contrat de distribution, quand bien même l'erreur porterait sur la rentabilité du contrat[1188]. D'ailleurs, la haute juridiction semble admettre ce raisonnement puisqu'elle a rejeté une fois un moyen de cassation qui contestait l'existence d'une erreur résultant d'un manquement à une obligation d'information[1189].

Par ailleurs, on peut penser que la nullité du contrat de distribution peut être obtenue aujourd'hui sur des situations où celle-ci n'était pas admise jadis. En effet, l'admission d'une marge d'erreur acceptable dans les comptes prévisionnels est discutable. L'estimation étant par nature subjective, une erreur considérée comme inhérente peut être considérée par une autre personne comme déterminante. Dès lors, en partant de l'idée selon laquelle toute erreur qui résulte d'un manquement à une obligation d'information est cause de nullité, il sera difficile de tolérer des marges d'erreur dans les comptes prévisionnels, surtout s'ils sont fournis sans une demande du créancier de l'information. La délivrance spontanée d'un compte prévisionnel erroné, même minime, peut être perçue comme un acte de tromperie pouvant ainsi conduire à une erreur résultant d'une obligation d'information précontractuelle.

En définitive, en application de la nullité résultant des nouvelles obligations d'information du droit commun en droit spécial, il est possible de constater que celle-ci peut venir pallier les vides juridiques qui règnent dans les contrats de consommation et d'affaires. Désormais, tous ces contrats peuvent être annulés sur le fondement du droit commun, mettant ainsi fin à l'instabilité de la jurisprudence sur les nullités. Le même constat peut être fait sur l'allocation de dommages et intérêts.

§2 : La consolidation de l'allocation de dommages et intérêts dans les obligations spéciales d'information

La deuxième sanction du manquement des obligations d'information du droit commun des contrats c'est l'allocation de dommages et intérêts. En application des dispositions de l'article 1105 du Code civil, cette sanction peut être étendue aux manquements des obligations d'information spéciale. Mais cette extension ne sera qu'une consolidation ; la responsabilité civile pour manquement à une obligation d'information pouvait être engagée en droit spécial bien avant la réforme du droit des contrats. Ainsi, comme en droit commun, il faut démontrer

[1188] H. Barbier, note sous CA Toulouse, 12 mai 2021, n° 16/05917, « L'erreur sur la rentabilité de la franchise, une erreur comme les autres ? », *RTD civ.,* 2021, p. 878

[1189] Cass. com, 10 juin 2020, 18-21.536, Contrats, conc. consom., n° 10, 2020, p. 139, note, M. Malaurie-vignal

les mêmes conditions pour obtenir réparation (A) et c'est le même préjudice qui sera aussi réparable en cas de manquement à une obligation d'information spéciale (B).

A. La consolidation de l'identité des conditions de l'allocation des dommages et intérêts

Que cela soit pour les obligations d'information consumériste ou affairiste, le législateur n'a pas prévu une allocation de dommages et intérêts en cas de défaut d'information précontractuelle. Pour autant, les victimes peuvent tout à fait engager la responsabilité extracontractuelle de leur débiteur pour obtenir réparation du préjudice subi. Dès lors, les victimes doivent respecter les conditions classiques de la responsabilité civile (1) même si cette exigence peut être relativisée dans certaines situations (2).

1. L'exigence des conditions classiques de la responsabilité civile

Comme en droit commun des contrats, pour que le manquement d'une obligation spéciale d'information précontractuelle puisse conduire à l'allocation de dommages et intérêts, la victime doit démontrer que le débiteur a commis une faute en ne respectant pas son obligation d'information et que ce manquement lui a causé un préjudice.

224. Il faut qu'un manquement à une obligation spéciale d'information soit constaté. Si l'on applique les règles de la responsabilité civile du manquement des obligations d'information précontractuelle du droit commun des contrats dans des obligations d'information spéciale, on pourrait constater que l'allocation de dommages et intérêts ne serait possible que si la victime démontre l'existence d'une faute du débiteur de l'obligation. Sans faute, il n'est pas possible de condamner ce dernier à dédommager le créancier. Celle-ci est constituée dès l'instant qu'il y a un manquement à une obligation d'information précontractuelle. Ce manquement peut être total ou partiel. La teneur de la faute n'a pas d'importance quant à la caractérisation de la faute. Ce qui compte, c'est la preuve du manquement. De même, il n'est pas nécessaire pour le créancier de prouver que le débiteur a manqué à son obligation d'information intentionnellement. Le simple fait qu'il y ait un manquement suffit à engager la responsabilité

délictuelle du débiteur[1190]. Il y a ainsi une autonomie entre l'obligation d'information et les vices du consentement, à savoir le dol et l'erreur[1191].

Dès lors, en droit de la consommation, le consommateur qui n'a pas été renseigné par le professionnel peut parfaitement solliciter l'allocation de dommages et intérêts. Il doit prouver que le créancier n'a pas satisfait à son obligation d'information précontractuelle. La preuve de ce fait est très simple, le consommateur doit juste prouver l'existence d'une obligation d'information précontractuelle pesant sur le débiteur[1192]. Une fois l'existence de l'obligation d'information établie, il reviendra au professionnel de prouver qu'il l'a exécutée[1193].

D'ailleurs, il a été jugé en droit des assurances que méconnaissait l'ancien article 1382 du Code civil, la Cour d'appel qui « sans rechercher si l'assureur avait fourni à M. X… [assuré] une information précontractuelle adaptée à sa situation personnelle dont il avait connaissance » refuse de lui allouer des dommages et intérêts[1194]. Aussi, en droit de la distribution, la haute Cour avait censuré un arrêt d'appel qui avait refusé d'allouer des dommages et intérêts à un franchisé, aux motifs que celui-ci aurait dû demander la nullité du contrat. La Cour avait estimé « qu'en statuant ainsi, alors qu'elle relevait que le franchiseur avait manqué à son obligation d'information, et sans constater que le dommage dont le franchisé réclamait réparation à raison de ce manquement n'était due qu'à sa propre faute, peu importe qu'il ne poursuive pas l'annulation du contrat de franchise »[1195].

Donc l'application des règles de la responsabilité civile des obligations d'information de droit commun dans les obligations spéciales d'information n'est qu'une continuité de la jurisprudence. Mais, l'intérêt découle dans la possibilité d'invoquer des dispositions législatives propres aux obligations d'information pour engager la responsabilité civile en droit spécial.

225. Il faut que le manquement à l'obligation spéciale d'information cause un préjudice au créancier et qu'il ait un lien de causalité entre la faute et le dommage. En plus de l'établissement du manquement à une obligation d'information spéciale précontractuelle, la responsabilité civile du fait de l'information ne peut être poursuivie que si le créancier démontre l'existence d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage. Ces conditions

---

1190 *Supra* §149 et s.

1191 N. Sauphanor-Brouillaud, « Information des consommateurs : Règles communes à l'obligation d'information précontractuelle et à l'information sur les prix », *ibid.* §66

1192 Cass. 1re civ., 1re mars 2005, n° 04-10.063 : JurisData n° 2005-027236 ; JCP G 2005, II, 10 164, comm. E. Bazin ; Contrats, conc. consom. 2005, comm. 142, note G. Raymond

1193 *Supra* §200 et s.

1194 Cass. 2e civ., 7 juillet. 2011, n° 10-16.267

1195 Cass. com., 21 janvier 2004, n° 02-16.866

ne sont pas expressément prévues par les obligations d'information précontractuelle. Toutefois, en application des dispositions de la responsabilité civile du droit commun des contrats, il est possible d'affirmer que dans les obligations d'information spéciale, il faut nécessairement que le créancier prouve l'existence d'un préjudice du fait de l'information et un lien de causalité entre la faute et le dommage pour obtenir réparation.

Sur le préjudice subi, il faut relever que, dans les obligations spéciales d'information, celui-ci correspondrait à la perte de chance de ne pas contracter ou la perte de chance de contracter à des conditions plus avantageuses. En effet, l'information précontractuelle permet à son créancier de sonder le pour et le contre de la conclusion d'un contrat. En fonction des informations reçues, il peut décider de contracter ou de ne pas contracter. C'est l'information précontractuelle qui est donc la clé de voûte du consentement intègre. Il permet au créancier de choisir en toute liberté le contenu du contrat. Dès lors, à défaut d'information précontractuelle, le créancier perd cette faculté de choisir. La chance que l'information précontractuelle aurait pu lui octroyer a disparu du fait du silence ou de la mauvaise information du débiteur. C'est la disparition de cette chance qui constitue le préjudice du créancier[1196]. Ainsi, dans un contrat de consommation, dès l'instant qu'un professionnel manque à son obligation d'information précontractuelle, il prive le créancier d'une chance de choisir de contracter ou de contracter dans des conditions plus avantageuses.

La dernière condition pour la mise en œuvre de la responsabilité civile du fait de l'information précontractuelle, c'est le lien de causalité entre le manquement de l'information et le préjudice subi. Elle n'est pas régie par les obligations spéciales d'information. Il faut donc se rabattre sur le droit commun de la responsabilité civile pour la vérifier. Le lien de causalité est indispensable. Il s'agit de démontrer que c'est le manquement à l'obligation d'information qui est à l'origine du préjudice. Dans le cadre des obligations d'information, le lien de causalité permet de démontrer que le manquement à l'obligation d'information précontractuelle a fait perdre au créancier une chance de contracter ou de ne pas contracter ou encore de contracter à des conditions plus avantageuses.

Toutefois, il ne faut pas rattacher le lien de causalité à la volonté de conclure le contrat. Il peut être tenté de dire que le lien de causalité n'existe pas en matière d'obligation d'information. Même en l'absence d'information, il ne peut pas être soutenu que le créancier allait conclure le contrat. C'est l'erreur qu'il ne faut pas faire. En effet, le lien de causalité ne doit pas être rattaché à la volonté du créancier de conclure ou pas le contrat, il doit plutôt être rattaché à la chance

[1196] *Supra* §152 et s.

que ce dernier avait de conclure ou non le contrat. Dès l'instant que cette chance disparaît du fait de l'information, le lien de causalité est caractérisé. Ce qui n'a rien à voir avec la volonté de conclure ensuite le contrat[1197]. Le même raisonnement doit prévaloir dans les obligations d'information spéciale pour que la responsabilité civile du fait de l'information puisse être mise en œuvre. Toutefois, dans certaines situations, le respect des conditions décrites ci-dessus doit être relativisé.

2. Les limites de l'exigence des conditions classiques de la responsabilité

Le respect des conditions classiques de la responsabilité civile en cas de manquement à une obligation d'information est discuté par les auteurs surtout pour ce qui est du lien de causalité entre la faute et le dommage. De cette discussion, la jurisprudence a pris une position.

226. Des auteurs estiment que des dommages et intérêts peuvent être alloués à la victime alors qu'il y a une incertitude sur le lien de causalité. Mme Fabre-Magnan estime que « si l'on ne sait pas si, en l'absence de faute, le créancier aurait évité le dommage, c'est qu'une incertitude existe sur le lien de causalité entre la faute et le dommage »[1198]. Il n'est pas certain en cas de manquement à une obligation précontractuelle d'information que ce manquement occasionne toujours des dommages chez le créancier. Il se peut que le créancier, malgré la réception de l'information, décide de passer le contrat sans tenir compte des informations reçues[1199].

D'ailleurs, il a été jugé, en matière médicale, qu'il n'y a pas de lien de causalité lorsque le patient n'avait pas le choix d'agir autrement malgré la délivrance de l'information[1200]. Au sujet de cette difficulté, les tribunaux « ferment les yeux sur l'incertitude de la relation causale » [1201] s'il est établi que, même informé, le créancier n'aurait pas pris une décision lui permettant d'éviter le dommage. La Cour de cassation a jugé, dans le domaine du devoir d'information contractuelle, que l'organisateur d'une compétition sportive qui ne révélait pas à ses assurés l'insuffisance du montant des garanties engage sa responsabilité[1202]. La haute juridiction avait

---

[1197] *Supra* §151

[1198] M. Fabre-magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *art. cit.*, p. 706

[1199] G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité,* in Traité de droit civil, *op. cit.,* §369-1

[1200] Cass. 1re civ., 31 mai 2007, no 03-19.365

[1201] G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité,* in Traité de droit civil, *op. cit.,* §369-1

[1202] Cass. 1re civ., 16 juillet 1986, n° 84-16903

censuré une Cour d'appel qui avait décidé: « statuant sur l'action en responsabilité dirigée contre une agence de voyages par les victimes d'un incendie ayant détruit l'hôtel dans lequel cette agence avait organisé un séjour, énonce que si la négligence de l'agence, consistant à n'avoir pas vérifié si l'hôtelier était assuré, pouvait constituer une faute, sa responsabilité ne pouvait pas cependant être retenue à défaut de lien de causalité »[1203].

En appliquant ces décisions dans le domaine précontractuel, on peut remarquer que les juges n'avaient pas réellement pu établir le lien de causalité entre le manquement au devoir d'information et le dommage qui a été subi par les victimes. Dans le domaine du devoir d'information précontractuelle, les juges, pour pallier toujours l'incertitude du lien de causalité, avaient eu recours à la notion de perte de chance[1204]. Mais certains auteurs estiment que « la notion de perte d'une chance ne doit intervenir qu'à propos de l'étendue du droit de la victime, pour évaluer son préjudice ; elle ne saurait conduire à déclarer le médecin partiellement responsable d'un risque »[1205]. D'où la nécessité d'aborder la position de la jurisprudence sur cette question.

227. La jurisprudence accorde parfois des dommages et intérêts sans que le lien de causalité soit caractérisé. Pour contourner l'incertitude du lien de causalité, la Cour de cassation avait emprunté dans un premier temps une solution médiane qui consistait à réparer la perte de chance[1206]. Comme on l'a évoqué précédemment, la perte de chance permet à la victime d'obtenir réparation lorsque le défaut d'information entraîne la disparition d'une probabilité de survenance d'un événement heureux[1207]. La haute juridiction avait estimé que « le médecin qui n'avait pas demandé la sérologie de la rubéole lors de l'examen prénuptial avait commis une faute professionnelle, en a exactement déduit qu'il existait un lien de causalité entre l'abstention fautive de ce médecin et la perte d'une chance pour l'enfant d'éviter de supporter les conséquences de la rubéole contractée par sa mère en début de grossesse »[1208].

[1203] Cass. 1re civ., 19 décembre 1979, n° 78-14145

[1204] Cass. 1re civ., 7 février 1990, n° 88-14.797

[1205] C. Bloch et A. Giudicelli, « Préjudice », in Ph. Le Tourneau (sous la dir), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.* §1775

[1206] G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité,* in Traité de droit civil, *op. cit*., §369-1

[1207] *Supra* §151 et s.

[1208] Cass. 1re civ., 16 juillet 1991, n° 90-14.645, RTD civ. 1992, p. 51, J. Hauser ; RTD civ. 1992, p. 109, P. Jourdain

Toutefois, un arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation avait laissé entendre que le lien de causalité dans l'obligation d'information pouvait s'établir par présomption[1209]. En effet, après l'achat d'un bien immobilier, les acheteurs se sont rendu compte que le vendeur leur avait dissimulé que la maison était dans « un état avancé d'infestation de termites ». Ils décident ainsi d'engager la responsabilité civile du vendeur, du diagnostiqueur et de l'agence immobilière. Ils obtiennent gain de cause. Le diagnostiqueur est condamné à réparer l'intégralité du dommage[1210]. Dans cette décision, on voit que les juges ne raisonnent pas en termes de chance perdue, puisqu'ils réparent l'intégralité du dommage comme ils le faisaient par le passé[1211]. Ce qui fait dire à un auteur que « le lien de causalité est présumé »[1212].

Dès lors, vu la complexité d'établir le lien de causalité en cas de manquement à une obligation précontractuelle d'information, la Cour de cassation semble avoir trouvé la bonne formule pour assurer l'indemnisation des créanciers. En effet, à la lecture de la jurisprudence précédente, il semblerait que les juges du droit appliquent la perte de chance lorsqu'elle est en « présence d'une incertitude quant à l'utilisation qui aurait été faite du renseignement ou du conseil qui était dû »[1213]. En revanche, la perte de chance laisserait la place à la présomption, entraînant une réparation intégrale, lorsque « les circonstances de l'affaire permettent d'être pratiquement assuré que le conseil aurait été suivi d'effets »[1214]. Il semble que cette dernière est plus compatible avec les informations sur les risques où le créancier est souvent tenu de suivre les dires de son débiteur pour éviter un dommage.

Si toutes les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité sont réunies, le préjudice doit être réparé comme en droit commun.

B. La consolidation de l'identité du préjudice réparable

[1209] Cass. mix., 8 juillet 2015, n° 13-26686, JCP N, 2016, n° 7-8, p. 29, obs., St. Piedelièvre ; Dr. et Patri., 2016, n° 255, p. 76, obs., Ph. Stoffel-munck ; RTD civ., 2016, n° 1, p. 130, obs., P. Jourdain ; RDC, 2015, n° 2015/4, p. 848, obs., O. Deshayes ; Gaz. Pal., 2015, n° 294, p. 19, obs., M. Mekki ; RTD Civ., 2015, n° 4, p. 895, obs., P-Y. Gautier

[1210] Il a été condamné pour manquement à une obligation contractuelle d'information

[1211] Cass. 1re civ., 9 juillet 2009, n° 08-16917

[1212] V. Mazeaud, note sous Cass. mix., 08 juillet 2015, n° 13-26.686, « Le refoulement de la perte de chance en présence d'un manquement à une obligation d'information », *D.* 2015, p. 2155

[1213] G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité,* in Traité de droit civil, *op. cit.,* §369-1

[1214] G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité,* in Traité de droit civil, *loc. cit.*

En cas de manquement à une obligation d'information de droit commun, le préjudice réparable c'est la perte de chance[1215]. C'est ce même préjudice qui sera réparable en cas de manquement à une obligation spéciale d'information. Toutefois, les difficultés liées à la perte de chance dans les obligations d'information de droit commun[1216] peuvent se retrouver dans les obligations spéciales d'information.

1. La réparation de la perte de chance

Tout manquement à une obligation d'information précontractuelle entraîne une perte de chance. C'est cette perte de chance qui est réparable. Si la victime demande la nullité du contrat, le préjudice réparable correspondrait à la perte de chance de ne pas contracter. Alors que si elle n'opte pas pour la nullité du contrat, le préjudice réparable correspondrait à la perte de chance de ne pas contracter à des conditions plus avantageuses.

228. En cas de demande de nullité du contrat, seule la perte de chance de ne pas contracter est réparable. La victime d'un manquement à une obligation d'information précontractuelle peut demander la nullité du contrat si le manquement était accompagné de dol[1217]. Dès lors, il se pose la question du préjudice réparable. Le contrat étant anéanti de manière rétroactive du fait de la nullité, on peut se demander si la victime peut prétendre à tous les dommages et intérêts liés à la perte de chance.

La réponse à cette question est négative. La victime d'un manquement à une obligation d'information précontractuelle ne peut pas prétendre à tous les dommages et intérêts liés à la perte de chance. Elle ne peut demander que l'allocation de dommages et intérêts liés à la perte de chance de ne pas contracter. Cette restriction est tout à fait justifiée. En effet, la victime ne peut pas demander en même temps la nullité du contrat qu'il avait conclu et la réparation d'un préjudice lié à la conclusion d'un contrat plus avantageux. Le préjudice réparable compatible avec la nullité du contrat c'est uniquement la perte de chance de ne pas contracter[1218]. Réparer aussi la perte de chance de conclure un contrat à des conditions plus avantageuses serait réparer un préjudice inexistant dans la mesure où la victime n'a pas perdu des avantages contractuels du fait du manquement à l'obligation d'information. Elle a plutôt perdu une chance de conclure

[1215] *Supra* § 151 et s.
[1216] *Supra* §155
[1217] *Supra* §157
[1218] *Supra* §154 et s.

un autre contrat. C'est le seul préjudice qui doit être réparé si la nullité du contrat n'est pas demandée.

Toutefois, une partie de la doctrine n'est pas d'accord avec cette restriction du préjudice réparable[1219]. En effet, techniquement, la victime a perdu une chance de conclure ou de ne pas conclure un contrat dès le début. Le choix de ne pas demander l'annulation ne rétablit pas la chance que la victime a perdu. Aussi, avec cette restriction, on peut permettre à l'auteur d'un mauvais comportement d'opposer sa faute à son cocontractant de bonne foi. Ce qui est tout à fait contraire aux dispositions régissant les obligations d'information précontractuelle[1220].

Mais ces critiques n'auront aucune incidence a priori sur la nature du préjudice réparable en cas de manquement à une obligation d'information spéciale. Si la victime d'un manquement à une obligation d'information spéciale fait le choix de demander la nullité du contrat, elle ne peut prétendre qu'à une allocation de dommages et intérêts pour la perte de chance de ne pas contracter. La faute du cocontractant ayant empêché la victime de conclure un autre contrat, il est donc tout à fait possible pour elle de demander la réparation de cette chance perdue.

229. En l'absence de demande de nullité du contrat, seule la perte de chance de ne pas contracter à des conditions différentes est réparable. La victime d'un manquement à une obligation d'information précontractuelle peut faire le choix de ne pas demander la nullité du contrat conclu après un manquement à une obligation d'information précontractuelle. Cette option procédurale a pour effet de limiter la nature du préjudice réparable du fait de l'information manquée. La victime ne peut ainsi solliciter que la réparation de la perte de chance de ne pas contracter à des conditions plus avantageuses si elle fait le choix de ne pas demander la nullité du contrat.

Cette restriction est aussi tout à fait justifiée. En effet, il n'est pas possible de demander la réparation de la perte de chance de ne pas conclure un contrat alors qu'on a fait le choix de garder ce dernier. Accepter cette réparation, c'est admettre la réparation d'un préjudice inexistant dans la mesure où le contrat dont on dénonce la conclusion n'est pas anéanti. La

---

[1219] H. Barbier, note sous Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-29.874 ; Cass. 3e civ., 29 septembre 2016, n° 15-15.129 ; Cass. 1re civ., 28 septembre 2016, n° 15-18.904, « L'incidence du choix procédural du contractant sur son droit à réparation », *art. cit.*, p. 847 ; J. Heinich, note sous Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-29.874, « Retour sur le préjudice de ne pas contracter de la victime de dol qui ne demande pas la nullité du contrat : un revirement inattendu ! », *art. cit.*, p. 730

[1220] H. Barbier, note sous Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-29.874 ; Cass. 3e civ., 29 septembre 2016, n° 15-15.129 ; Cass. 1re civ., 28 septembre 2016, n° 15-18.904, « L'incidence du choix procédural du contractant sur son droit à réparation », *loc. cit.*

chance de conclure un contrat n'a pas été perdue, mais c'est la chance de conclure un contrat plus avantageux qui a été perdue. Dès lors, c'est ce seul préjudice qui doit être réparé.

C'est cette position qui est soutenue par la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, il a été estimé dans l'arrêt Parsys2[1221] que la victime d'un manquement à une obligation d'information précontractuelle « ayant fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat, son préjudice réparable correspondait uniquement à la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses ». Après un arrêt du 21 juillet 2016[1222] ayant semé le doute sur cette restriction, la haute Cour a réaffirmé sa position en précisant qu'« ayant fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat à la suite du dol dont elle avait été victime, son préjudice réparable correspondait uniquement à la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses »[1223].

Donc, en articulant le préjudice réparable entre les obligations d'information du droit commun et les obligations d'information spéciale, on constate qu'il n'y a pas de différence sur le préjudice réparable en cas de manquement. Toutefois, les mêmes difficultés relevées dans le droit commun au niveau de la perte de chance peuvent être retrouvées en droit spécial.

2. Les difficultés liées à la réparation de la perte de chance

S'il est admis, aussi bien en droit commun qu'en droit spécial, qu'en cas de manquement à une obligation d'information précontractuelle c'est la perte de chance qui est réparable, force est de constater que la réparation concrète de celle-ci n'est pas exempte de toutes difficultés. En plus des difficultés liées au lien de causalité[1224], la perte de chance, à la différence des autres préjudices, est difficilement évaluable. De même, il existe d'autres préjudices concurrents à la perte de chance qui peuvent se substituer à elle.

[1221] Cass. com. 10 juillet 2012, n° 11-21.954, RTD civ. 2012, p.732, obs. P. Jourdain ; , D. 2013. 391 ; B. Fages, RTD civ. 2012, p. 725 obs., S. Amrani-Mekki, M. Mekki ; D. 2012, p. 2772, n° 9, obs., M. Caffin-Moi ; Bull. Joly soc., 2012, p. 767, obs., Ph. Stoffel-Munck, ; Gaz. Pal., 2012, n° 285, p. 17, obs., D. Houtcieff ; JCP 2012. Doctr. 1151, n° 10, obs., J. Ghestin ; RDC 2013, p. 91, obs. Y.-M. Laithier ; Dr. Sociétés, 2013. Comm. 2, obs. R. Mortier

[1222] Cass. com. 21 juin 2016, n° 14-29.874, inédit, AJCA 2016. 386, obs., A. Bories ; Rev. sociétés 2016, p. 730, obs. J. Heinich

[1223] Cass. com 5 juin 2019, n° 16-10.391 ; Rev. sociétés 2019, 742, p. J. Prorok ; RTD civ. 2019, p. 576, H. Barbier,

[1224] *Supra* §155

230. Il n'est pas facile d'évaluer la perte de chance en cas de manquement à une obligation d'information. Le but de l'allocation de dommages et intérêts pour perte de chance c'est de remettre la victime dans l'état où elle était avant de perdre sa chance de contracter à des conditions plus avantageuses ou de ne pas contracter. Dès lors, il se pose la question de l'évaluation du préjudice de perte de chance. Il n'y a aucune méthode légale ou jurisprudentielle pour déterminer le quantum des dommages et intérêts[1225].

La réparation de la perte de chance reposerait donc sur un aléa. La logique voudrait que le montant des dommages et intérêts soit important si la probabilité de réalisation de la chance était élevée. Mais toute la difficulté réside dans l'évaluation de la réalisation de cette probabilité. Comment savoir si le créancier de l'information avait de fortes chances de conclure ou de ne pas conclure le contrat s'il avait reçu l'information ? Il pouvait décider de ne pas conclure le contrat même s'il avait reçu l'information. Dans ce cas, si l'information ne lui a pas été délivrée, cela n'aurait eu aucun impact négatif sur son consentement.

231. Il existe des préjudices concurrents à la perte de chance en cas de manquement à une obligation d'information précontractuelle. Le manquement à une obligation d'information précontractuelle n'engendre pas qu'une perte de chance. Il peut aussi occasionner d'autres préjudices comme l'impréparation. Il y a préjudice d'impréparation lorsque le créancier subit un préjudice relatif à un défaut de préparation psychologique à subir un dommage[1226]. En d'autres termes, le préjudice d'impréparation c'est le fait d'apprendre de façon brutale qu'on va subir un événement malheureux[1227].

Ainsi, comme en droit commun, il est possible de penser que si le manquement à l'obligation d'information précontractuelle a exposé à un risque le créancier, ce dernier peut demander la réparation d'un préjudice moral d'impréparation.

En définitive, l'articulation des sanctions du manquement des obligations d'information du droit commun des contrats avec celles des obligations spéciales d'information révèle l'existence d'une complémentarité. Celle-ci s'observe aussi bien du point de vue la nullité du contrat qu'à l'allocation de dommages et intérêts.

[1225] M. Fabre-magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *art. cit.*, p. 706 ; O. Sabard, « L'évaluation de la perte de chance par le juge judiciaire », in *La perte de chance*, O. Sabard (*dir.*), *art. cit.*, p. 23

[1226] P. Jourdain, note sous Cass. 1re civ., 25 janvier 2017, n° 15-27.898, « Défaut d'information médicale : cumul possible de la réparation d'une perte de chance et d'un préjudice moral d'impréparation » *art. cit.,* p. 403

[1227] G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité,* in Traité de droit civil, *op. cit.*, §283

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Même si l'impact des obligations d'information précontractuelle du droit commun des contrats n'est pas si important sur les régimes juridiques des obligations spéciales, ces derniers en ressortent tout de même consolidés. En application des obligations d'information de droit commun, il appartient au créancier de prouver l'existence de l'obligation spéciale d'information. Mais, cette preuve est très simple en droit spécial puisque l'existence des obligations spéciales d'information est généralement prévue par une loi. Toutefois, cette simplicité de la preuve dans les obligations spéciales ne permet pas pour autant aux parties de renverser la charge de la preuve, celle-ci étant d'ordre public. Une fois que l'existence de l'obligation spéciale d'information est établie par le créancier, il appartiendra au débiteur de prouver l'exécution de celle-ci comme en droit commun des contrats. Mais, en cas de vice de consentement, la preuve de l'absence de celui-ci ne pèse pas sur le débiteur. Néanmoins, si aucune information n'a été transmise, la preuve de l'absence du vice de consentement pèse sur le débiteur.

En outre, il faut noter qu'il n'y a pas de différence entre les modes de preuve des obligations d'information de droit commun et ceux des obligations spéciales d'information. C'est la liberté de la preuve qui s'applique. La force probante des modes de preuve ne change pas aussi. Mais, la liberté de la preuve doit être relativisée dans les obligations spéciales d'information. En effet, il existe un formalisme *ad probationem* assez important dans l'exécution des obligations spéciales d'information. De même, les formulaires écrits sont en passe de devenir les seuls modes de preuves susceptibles de convaincre les tribunaux. Aussi, les contrats sur la preuve sont possibles dans les obligations spéciales d'information. Il suffit d'insérer une clause de déclaration dans le contrat ou encore de rendre solennelle la conclusion d'un contrat consensuel pour se préconstituer une preuve.

Par ailleurs, les sanctions des obligations d'information de droit commun peuvent s'appliquer en droit spécial en cas de manquement à une obligation spéciale d'information. Les règles de la nullité consolident ainsi celles dégagées par la jurisprudence en droit spécial. Ainsi, en droit de la consommation, les textes ne prévoyant pas de nullité en cas de manquement à l'obligation d'information, le droit commun des contrats peut combler ce vide juridique. En droit des assurances aussi, le silence des textes ne fait pas obstacle à la nullité du contrat si un assureur manque à son obligation d'information. Dans les contrats de distribution, l'application du régime juridique des obligations spéciales d'information permet d'affirmer de manière très

claire que le non-respect de la loi Doubin ne peut être sanctionné automatiquement par la nullité du contrat. Il faut nécessairement qu'il s'y ajoute un vice de consentement.

En outre, les règles de la responsabilité civile applicables dans les obligations d'information de droit commun peuvent aussi s'appliquer dans les obligations spéciales d'information. Dès lors, ce sont les mêmes conditions qui doivent être remplies par le demandeur. Il faut qu'un manquement à une obligation spéciale d'information soit constaté. Il faut aussi que le manquement à l'obligation spéciale d'information cause un préjudice au créancier et qu'il ait un lien de causalité entre la faute et le dommage. Toutefois, le respect de ces conditions de la responsabilité civile peut être discuté dans les obligations spéciales d'information. Une partie de la doctrine soutient que des dommages et intérêts peuvent être alloués à la victime sans lien de causalité. Mieux, le juge accorde parfois des dommages et intérêts sans que le lien de causalité soit caractérisé. Par rapport au préjudice réparable, comme dans les obligations d'information de droit commun, seule la perte de chance est réparable en cas de violation d'une obligation spéciale d'information. Mais, comme dans les obligations spéciales d'information, la réparation du préjudice est jalonnée d'embûches. En effet, il n'est pas facile d'évaluer la perte de chance en cas de manquement à une obligation d'information. Il existe aussi des préjudices concurrents à la perte de chance en cas de manquement à une obligation d'information précontractuelle.

CONCLUSION DU TITRE I

L'articulation des obligations d'information de droit commun avec les obligations spéciales d'information démontre que les premières peuvent à la fois compléter et consolider les secondes.

Sur la complémentarité, il faut noter que les obligations d'information de droit commun peuvent parfaire les étendues des obligations spéciales d'information. Cette complémentarité peut porter sur l'obligation d'informer, mais aussi sur l'obligation de s'informer. En effet, le domaine de l'obligation d'information du droit de la consommation peut être renforcé par les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. Avec le devoir général d'information, l'obligation d'information consumériste peut être étendue à tous les contrats de consommation. Elle peut aussi étendre l'obligation d'information du droit de la consommation à toutes les informations déterminantes. En droit des assurances, le devoir général d'information peut étaler l'obligation d'information à des données non prises en compte par le Code des assurances. Aussi, l'obligation d'information précontractuelle peut concerner désormais tous les contrats d'assurance. En droit des affaires, les nouvelles dispositions de l'obligation d'information de droit commun peuvent étendre la loi Doubin à tous les contrats de distribution. Elle peut même déployer l'obligation d'information à toutes les informations déterminantes non prévues par le Code de commerce. Dans les opérations sociétaires, les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil légaliseront l'obligation d'information précontractuelle qui avait jusqu'ici un caractère jurisprudentiel. Par ailleurs, avec l'obligation générale d'information, les parties à une cession de titre seront plus averties grâce à une densification des données des *datas rooms*. Notons aussi qu'avec le devoir général d'information précontractuelle, il y aura une généralisation de l'obligation de s'informer dans les droits spéciaux. Un créancier qui ignore illégitimement une information ou qui ne fait pas confiance à son débiteur ne peut plus s'estimer victime d'un manquement à une obligation d'information de droit commun. Aussi, si l'information porte sur un fait exclu du devoir d'information, quoique déterminant, ceci exonère le débiteur de son obligation d'information.

En outre, l'articulation des obligations d'information de droit commun avec les obligations spéciales d'information montre que les premières peuvent consolider le régime juridique des secondes. En effet, sur la preuve, les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil ne font que rappeler le régime des obligations spéciales d'information. Quant aux sanctions, l'obligation d'information de droit commun peut étendre la nullité à tout manquement à une obligation spéciale d'information qui n'était pas expressément sanctionné par l'anéantissement du contrat.

C’est le cas des obligations d’information du droit de la consommation et du droit des assurances. L’allocation de dommages et intérêts sera aussi désormais possible pour tout manquement à une obligation spéciale d’information précontractuelle. Toutefois, les relations entre ces obligations d’information précontractuelle peuvent aussi se révéler conflictuelles.

TITRE II : LES CONFLITS ENTRE DROIT COMMUN ET DROITS SPÉCIAUX

En articulant les obligations d'information de droit commun avec les obligations spéciales d'information, il est possible que, par moments, ces deux corps de règles entrent en conflit. Il suffit de s'intéresser à leurs étendues et leurs régimes juridiques pour identifier des conflits d'obligation d'information précontractuelle entre le droit commun des contrats et les droits spéciaux (Chapitre I).

Dès lors, afin de venir à bout des conflits entre les règles des obligations d'information de droit commun et celles des obligations spéciales d'information, il est possible de partir de la solution posée par le Code civil, mais également par d'autres concurrentes à celle-ci (Chapitre II).

CHAPITRE I : L'IDENTIFICATION DES CONFLITS

Étudier l'identification des conflits entre les obligations d'information précontractuelle revient à s'interroger sur les concours de normes pouvant exister entre les dispositions du droit commun des contrats et les obligations spéciales d'information. Il s'agira de comparer tous les composants de ces obligations d'information pour déceler leurs incompatibilités. Les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil ne sont pas toujours conciliables avec les obligations spéciales d'information. Avec la réforme du droit des contrats, les obligations spéciales d'information précontractuelle peuvent être concurrencées par les obligations d'information de droit commun. Il suffit d'observer l'étendue de ces obligations d'information pour se rendre compte de ce concours (section I). De même, l'analyse des rapports entre les différents régimes juridiques de ces obligations d'information précontractuelle permet de déceler par moments des oppositions de normes (section II).

Section I : Les concours sur l'étendue des obligations d'information précontractuelle

Les obligations d'information précontractuelle ont parfois des relations tendues entre elles. À propos de leur étendue, il arrive qu'elles se contredisent, remettant ainsi en cause toute possibilité d'articulation. La confrontation des obligations d'information de droit commun avec le document d'information précontractuelle ou avec le devoir de loyauté du dirigeant social ou encore avec la fiche d'information en droit des assurances peut faire ressortir des contradictions de normes. En effet, les obligations d'information de droit commun s'opposent avec certaines obligations spéciales d'information sur les contrats soumis à une obligation d'information (§2), mais également quant au contenu de l'information (§1).

Toutefois, dans ce concours, il faut écarter le conflit qui existe entre l'étendue du devoir d'information précontractuelle et le délit d'initié. En application du droit commun, il y aurait de plus en plus de délits d'initié. Mais en partant de la réglementation boursière, le devoir d'information se viderait de son sens dans la mesure où les informations privilégiées ne sont pas à communiquer[1228].

[1228] S. Prat, L. Jouault, « L'enjeu : L'efficacité des opérations économiques », in *Un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires »*, *art. cit.* p.46

§1 : Les concours sur le contenu de l'obligation d'information

En articulant le contenu des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil avec certaines obligations spéciales d'information, il est possible de noter des conflits de normes. Ces derniers sont présents aussi bien dans les contrats d'affaires (A) que dans les contrats consuméristes (B).

A. Les concours dans les contrats d'affaires

En droit commun des contrats, l'obligation d'information précontractuelle porte sur tous les éléments déterminants pour le consentement du cocontractant. Mais, le débiteur de ce dernier est dispensé de livrer des informations sur la valeur des prestations. Néanmoins, cette exception du droit commun se heurte au devoir de loyauté des dirigeants sociaux qui oblige ces derniers à communiquer la valeur des prestations aux associés lors de la cession des titres (1). De même, en droit de la distribution, le fournisseur ne doit pas se limiter aux seules informations déterminantes pour le consentement des distributeurs ; le document d'information précontractuel doit aussi contenir des informations non déterminantes (2).

1. Les concours sur l'information sur la valeur

On a étudié précédemment que le droit commun des contrats n'impose pas au débiteur une obligation d'information de renseigner son créancier sur la valeur de sa prestation[1229]. Toutefois, il faut noter que cette limitation de l'obligation d'information n'est pas applicable dans toutes les obligations d'information précontractuelle. En droit des sociétés, le dirigeant social est toujours tenu d'une obligation d'information sur la valeur[1230]. Il y aurait ainsi un conflit d'obligation d'information sur la valeur en droit des sociétés. Mais, ce conflit tend vers un apaisement au regard de la jurisprudence depuis l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats.

232. Il existerait un conflit d'obligation d'information sur la valeur en droit société. L'exigence d'une obligation d'information sur la valeur des titres sociaux aux dirigeants de

[1229] *Supra* §66 et s.

[1230] M. Germain, V. Magnier, *Les sociétés commerciales*, in *Traité de droit des affaires*, T. 2, 22e éd., LGDJ, 2017

société remonte à l'arrêt Vilgrain du 27 février 1996[1231]. Il s'agissait, dans cette affaire, d'un dirigeant social, M. Vilgrain, qui avait acquis les actions d'un actionnaire sans révéler à ce dernier des faits valorisant les titres, notamment dans l'existence d'un important actif immobilier. S'estimant victime d'un dol, la cessionnaire avait assigné M. Vilgrain devant le tribunal de grande instance de Paris. Les juges du fond avaient condamné le dirigeant social pour réticence dolosive. Le jugement a été confirmé par la Cour d'appel de Paris, la Cour de cassation suivra plus tard la même voie que les juges du fond[1232].

Cette solution a été justifiée par le devoir de loyauté qui lie les dirigeants aux associés[1233]. Au nom de ce devoir, les dirigeants sociaux sont obligés de renseigner les associés sur la valeur exacte des titres sociaux qu'ils entendent céder[1234]. Ils ne peuvent pas se retrancher derrière la liberté de se saisir d'une opportunité d'affaires pour taire des informations sur la valeur des titres des associés. Entre la liberté de se saisir d'une opportunité d'affaires et le devoir de loyauté, le dirigeant social est contraint de satisfaire les associés en restant loyal.

Cette jurisprudence Vilgrain constitue aujourd'hui une règle incontournable dans la cession de titres sociaux. L'arrêt Baldus[1235] qui a autorisé le silence sur la valeur des prestations n'a pas pu la remettre en cause. La Cour de cassation a réaffirmé la solution Vilgrain à plusieurs fois depuis 1996[1236].

Dès lors, en essayant d'articuler cette jurisprudence avec les nouvelles dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, il est possible de noter un conflit d'obligation d'information sur la valeur. Au lendemain de la réforme, il était possible d'espérer que le dirigeant social ne serait plus tenu d'aucune information sur la valeur envers les associés[1237]. En effet, en application du

---

[1231] Cass. com. 27 février 1996, n° 94-11.241, RTD civ. 1997, p. 114, D. 1996, p. 518, note P. Malaurie ; D. 1996, p. 342, obs. J.-C. Hallouin; D. 1996, p. 591, note J. Ghestin ; RTD civ. 1997, p. 114, obs. J. Mestre ; JCP 1996. II. 22 665, note J. Ghestin

[1232] J. Mestre, note sous CA Paris 19 janvier 1994 ; Paris 29 avril 1994 ; Metz 24 févier 1993, « D'une réticence dolosive d'informations sur la prestation de son cocontractant », *art. cit.,* p. 852

[1233] J. Mestre, note sous Cass. com., 27 févier, 1996, n° 94-11.241, « Le dol de l'acquéreur de parts sociales », *art. cit.,* p.114 ; H. Barbier, note sous Cass. com., 12 avril 2016, n° 14-19.200 ; Cass. com., 8 mars 2016 n° 14-23.135, « Dol dans les cessions de titres sociaux : le devoir de loyauté du dirigeant acquéreur en retrait face au devoir de curiosité du cédant », *art. cit.*, p. 612

[1234] G. Assaf, *Cession de droits sociaux et droit des contrats : apports réciproques*, préf. E. Lamazerolles, LGDJ, 2017, §33

[1235] *Supra* §66 et s.

[1236] Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15.618 ; Cass. com., 11 juillet 2006, n° 05-12.024 ; Cass. 1re civ., 25 mars 2010, n° 08-13.060 ; Cass. com., 12 mars 2013, n° 12-11.970 ; Cass. com., 12 avril 2016, n° 14-19.200 ; Cass. com. 30 mars 2016, n° 14-23.866 ; Cass. com. 15 mars 2017, n° 15-14.419

[1237] O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p.85 ; H. Barbier, note sous Cass. com.,

droit commun des contrats, il serait impossible de contraindre le dirigeant social de renseigner les associés sur la valeur de leurs titres sociaux. Ils n'auront aucune obligation d'information sur la valeur. Toutefois, avec la jurisprudence Vilgrain, les dirigeants sociaux sont contraints d'informer les associés sur la valeur de leurs titres sociaux dès l'instant qu'ils sont intéressés dans l'opération. L'articulation révèle ainsi une contradiction sur l'information sur la valeur entre le droit commun des contrats et le droit des sociétés.

233. Le conflit d'obligation d'information sur la valeur en droit des sociétés tend vers un apaisement. On vient de voir que la limitation de l'obligation d'information par rapport à la valeur de la prestation ne s'applique pas lors d'une cession de droits sociaux entre un dirigeant social et un associé[1238]. Mais, la jurisprudence rendue après la réforme du droit des contrats fait penser que le devoir de loyauté du dirigeant envers les associés n'est pas absolu[1239]. En effet, La Cour de cassation a rendu deux grands arrêts en 2016 qui limitent considérablement le devoir d'information du dirigeant social sur la valeur des titres sociaux. Pour comprendre la portée de ces arrêts, il est important de rappeler qu'au lendemain de l'arrêt Vilgrain, la Cour de cassation avait étendu sa solution jusqu'à l'information sur la valeur accessible aux associés. Il a été jugé qu'un dirigeant social avait manqué à son devoir de loyauté à l'égard d'un associé en s'abstenant d'attirer l'attention de ce dernier sur l'existence, dans le patrimoine de la société, de bénéfices distribuables d'un montant supérieur à celui du prix stipulé, alors qu'il avait accès à cette information[1240]. Cette extension de l'obligation d'information du dirigeant social à la valeur a été remise en cause par la haute juridiction en 2016.

Dans la première espèce rendue le 13 décembre 2016,[1241] la haute Cour a approuvé les juges qui avaient décidé que lorsque l'associé avait la possibilité de connaître la valeur des titres, du fait de l'accessibilité de l'information, le dirigeant social n'est pas tenu d'un devoir de loyauté envers l'associé. Par conséquent, aucune information sur la valeur ne pesait sur lui. Dans le second arrêt rendu le 12 avril 2016[1242], les juges du fond avaient estimé que le dirigeant social

---

12 avril 2016, n° 14-19.200 ; Cass. com., 8 mars 2016 n° 14-23.135, « Dol dans les cessions de titres sociaux : le devoir de loyauté du dirigeant acquéreur en retrait face au devoir de curiosité du cédant », *art. cit.,* p. 612

[1238] *Supra* §232

[1239] A. Lecourt, note sous Cass. com., 13 décembre 2016, n° 15-18.002 ; Cass. com., 25 janvier 2017, n° 15-17.137, « Obligation d'information et cessions de droits sociaux : cantonnement de la loyauté des dirigeants », *art. cit.*, p. 384

[1240] Cass. com. 6 mai 2008, n° 07-13.198, D. 2009, p. 323, obs. J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles ; Rev. sociétés 2009. 95, note L. Godon ; D. 2009, p. 323, obs. J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles ; Rev. sociétés 2009, p. 95, note L. Godon

[1241] Cass. com. 13 décembre 2016, n° 15-18.002 ; RTD Civ., n° 2, p. 381, H. Barbier ; D., n° 7, p. 371, M. Mekki ; BMIS, n° 5, p. 308, Th. Massart

[1242] Cass. com. 12 avril 2016, n° 14-19.200, *RTD civ.,* 2016, p. 612, obs. H. Barbier

avait manqué à son devoir de loyauté en ne livrant pas aux associés la valeur des titres cédés et les projets d'expansion de la société. Cette décision a été censurée par la Cour de cassation aux motifs que les juges de la Cour d'appel n'avaient pas recherchée si les associés, par le biais de leur droit à l'information, ne pouvaient pas prendre connaissance de l'information sur la valeur des titres sociaux.

À la lumière de ces arrêts, on s'aperçoit que la jurisprudence Vilgrain et les arrêts qui l'ont suivie ont subi un coup de frein. En effet, la Cour de cassation semble désormais exiger une ignorance légitime de la part des associés pour que le dirigeant social soit tenu d'une information sur la valeur des titres sociaux. On peut ainsi dire que le devoir d'information du dirigeant social sur la valeur tend vers un apaisement ou un calquage au devoir général d'information du droit commun des contrats[1243].

En somme, l'articulation des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil avec le devoir de loyauté du dirigeant montre l'existence d'un conflit d'obligation d'information sur la valeur. Mais ce conflit est en train de perdre du terrain. En plus du conflit sur la valeur, un autre peut être détecté sur le caractère déterminant de l'information.

2. Les concours sur le caractère déterminant de l'information

En droit commun des contrats, l'obligation d'information précontractuelle ne porte que sur des informations déterminantes pour le consentement du créancier. Le débiteur n'est pas tenu de renseigner des informations qui n'exerceront aucune influence sur la décision du créancier. Toutefois, dans les obligations spéciales d'information, il est possible de constater parfois le contraire. En effet, en droit de la distribution, la liste des informations à livrer, fixée par l'article R.330-1 du Code de commerce, ne contient pas que des informations déterminantes[1244]. De même, en droit des sociétés, il y aurait des informations déterminantes qui seraient exclues du champ de l'obligation d'information.

[1243] H. Barbier, note sous Cass. com., 12 avril 2016, n° 14-19.200 ; Cass. com., 8 mars 2016 n° 14-23.135, « Dol dans les cessions de titres sociaux : le devoir de loyauté du dirigeant acquéreur en retrait face au devoir de curiosité du cédant », *art. cit.,* p. 612 ; A. Lecourt, note sous Cass. com., 13 décembre 2016, n° 15-18.002 ; Cass. com., 25 janvier 2017, n° 15-17.137, « Obligation d'information et cessions de droits sociaux : cantonnement de la loyauté des dirigeants », *art. cit.*, p. 384

[1244] C-A. Maetz, *Réforme du droit des obligations et droit de la distribution*, in *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires,* C. Bloch, A. Cerati-Gauthier, V. Perruchot-Triboulet, (sous-dir.), *D.*, 2018, §11,16

234. Toutes les informations devant figurer dans le document d'information précontractuelle en droit de la distribution ne seraient pas déterminantes. Les dispositions de l'article L.330-3 du Code de commerce imposent à toute personne qui met à disposition d'une autre un droit incorporel de remettre à son cocontractant un document d'information précontractuelle préalablement à la conclusion du contrat[1245]. Le contenu de ce document d'information précontractuelle est fixé par l'article R.330-1 du Code de commerce. Toutefois, dans cette liste, toutes les informations visées ne sont pas déterminantes pour les distributeurs. Il y a des informations à renseigner qui n'exercent aucune influence sur le consentement du créancier ou qui sont facilement accessibles.

Parmi les informations non déterminantes devant figurer dans le document d'information précontractuelle, on peut citer l'adresse du siège social de l'entreprise. Cette information ne peut pas influencer le consentement du candidat. D'ailleurs, si une personne se rapproche d'une entreprise pour conclure un contrat avec elle, la première des choses à connaître c'est sa domiciliation. On ne peut pas entrer en contact avec une personne sans au préalable connaître le lieu où la personne habite. Le fournisseur doit aussi mentionner dans le document d'information précontractuelle la nature des activités de l'entreprise. Au même titre que l'adresse, la nature de l'activité de l'entreprise ne peut pas être ignorée par le candidat. C'est parce qu'il connaît celle-ci qu'il s'est rapproché d'elle pour obtenir une mise à disposition de son savoir-faire. En outre, les domiciliations bancaires du fournisseur ne sont pas si déterminantes pour le consentement. On ne refuse pas de conclure un contrat de distribution parce que notre fournisseur a refusé de nous communiquer ses domiciliations bancaires. D'ailleurs, il a été jugé que l'absence d'indication de la domiciliation bancaire du franchiseur ne peut pas être sérieusement considérée comme de nature à vicier le consentement du franchisé[1246].

Pour ce qui est des informations facilement accessibles aux candidats, on peut citer le numéro d'inscription au répertoire des métiers ainsi que la date et le numéro d'enregistrement ou du dépôt de la marque. Ces informations peuvent facilement être obtenues auprès du greffe.

Ces différentes informations, même si elles peuvent sembler importantes, peuvent être difficilement qualifiables d'informations déterminantes[1247]. Elles n'influencent pas de façon considérable la décision du créancier de conclure le contrat. Or, en droit commun des contrats,

---

[1245] *Supra* §169 et s.

[1246] CA Toulouse, 26 janvier 2006 : Lettre distrib. 5/2006, p. 4.

[1247] A. Riéra, « L'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de distribution après la réforme du droit des contrats », *art. cit.*, p. 155

l'obligation d'information ne doit porter que sur des informations déterminantes pour le consentement du créancier. Toute information non déterminante ne doit pas être renseignée. Il en est de même des informations accessibles[1248], cela veut dire que si le créancier ne les a pas, son ignorance deviendrait illégitime.

Il y aurait donc là un conflit d'obligation d'information précontractuelle entre le droit commun des contrats et le droit de la distribution. Le premier, limite l'obligation d'information aux seuls éléments pouvant influencer le consentement alors que le second étend l'obligation d'information à des données certes importantes, mais non déterminantes. Les deux catégories d'obligation d'information précontractuelle se contredisent donc du point de vue du contenu de l'obligation d'information précontractuelle.

235. En droit des sociétés, il existerait des informations déterminantes qui seraient exclues de l'obligation d'information. L'obligation d'information précontractuelle en droit des sociétés est l'œuvre de la jurisprudence[1249]. Dans le cadre de la cession de titres sociaux, la jurisprudence impose même au dirigeant de renseigner l'associé sur la valeur de ses titres[1250]. L'obligation d'information y est donc assez contraignante. Toutefois, l'obligation d'information en droit des sociétés ne couvre pas toutes les informations déterminantes lors d'une cession de titres sociaux. Il y a des informations qui échappent au contenu de l'obligation d'information. L'absence de délivrance de ces informations par l'une des parties n'est pas considérée comme une faute précontractuelle. Pourtant, ce sont des informations qui, au regard du droit commun, peuvent être considérées comme déterminantes pour le consentement du cédant.

Parmi ces informations, on peut citer les négociations parallèles. Celles-ci consistent à négocier avec plusieurs personnes en même temps pour les mêmes titres. Ainsi, la partie qui veut acheter les titres sociaux d'un associé peut au moment des négociations avec le cédant, négocier avec une autre personne pour rétrocéder les titres à un prix bien plus élevé le plus souvent. En dehors du dirigeant de la société, aucune autre personne n'est tenue de révéler à l'autre partie qu'elle mène des négociations parallèles pour rétrocéder les titres. Il n'y a pas d'obligation d'information précontractuelle sur les négociations parallèles[1251]. En effet, la Cour d'appel de Paris avait décidé : « le cessionnaire de titres d'une société n'est tenu d'informer le cédant ni

[1248] F-L. Simon, *Théorie et Pratique du droit de la franchise, op. cit.,* § 143

[1249] *Supra* §173 et s.

[1250] *Supra* §232

[1251] K. Deckert, note sous CA Paris, 6 août 2019, n° 17/09608, « Devoir d'information, devoir de loyauté et négociations parallèles de cessions de droits sociaux », *Rev. sociétés,* 2020 p. 227

des négociations tendant à l'acquisition par un tiers d'autres titres de la même société ni de celles qu'il conduit lui-même avec ce tiers en vue de lui céder les titres objets de la cession »[1252]. Par ailleurs, la haute juridiction a laissé entendre que le dirigeant social n'est pas tenu d'informer l'apporteur en compte courant de la santé financière de la société[1253]. Cette exclusion se fonderait a priori sur le fait que le dirigeant social n'est pas tenu d'un devoir de loyauté à l'égard de l'apporteur en compte courant[1254]. Mais, même s'il n'y a pas de devoir de loyauté dans ce rapport, le dirigeant représente la société, il doit donc informer les cocontractants sur toutes les informations qui sont susceptibles d'influencer leur consentement. Pourtant, si l'on applique l'obligation d'information précontractuelle de l'article 1112-1 du Code civil, le cessionnaire serait tenu de renseigner le cédant de ses négociations parallèles dans la mesure où ces dernières constituent indiscutablement une information déterminante. De même, le dirigeant ne pourrait pas se retrancher derrière l'absence de devoir de loyauté entre lui et l'apporteur en compte courant pour refuser de le renseigner sur la santé financière de la société.

Il y a donc là clairement un conflit d'obligation d'information précontractuelle entre le droit des sociétés et le droit commun des contrats. Les conflits autour du contenu de l'obligation d'information précontractuelle ne s'arrêtent pas que dans les contrats d'affaires, il en existe aussi dans les contrats consuméristes.

B. Les concours dans les contrats consuméristes

En étudiant les rapports entre les obligations d'information précontractuelle de droit commun et les obligations d'information consumériste, on peut se rendre compte que ceux-ci peuvent parfois se transformer en conflit de normes. Cette situation peut se vérifier dans l'articulation de l'obligation d'information sur la valeur de la prestation (1), mais aussi par rapport au caractère déterminant de l'information (2).

[1252] CA Paris, 6 août 2019, n° 17/09608, *adde* : CA Paris, 29 mai 2008, n° 06/19 015 ; CA Paris, 12 mars 2009, n° 08/09471, Bull. Joly 2009, p. 760, note Th. Massart ; CA Paris, 15 juin 2010, n° 09/20 695, Bull. Joly 2010, p. 808, note D. Gallois-Cochet ; Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15.618, Bull. civ. IV, n° 94 ; Rev. sociétés 2005, p. 140, note L. Godon ; D. 2004. 1599, obs. A. Lienhard; ibid. 2923, obs. E. Lamazerolles ; RTD civ. 2004. 500, obs. J. Mestre, B. Fages

[1253] Cass. com., 24 mai 2017, no 15-19430, Bull. Joly Sté, 2017, n° 1169, p. 654, Th. Massart

[1254] Th. Massart, note sous Cass. com., 24 mai 2017, n° 15-19430, « L'obligation de loyauté du dirigeant est-elle due à l'apporteur en compte courant ? *», art. cit.,* p. 654

1. Les concours sur l'information sur la valeur

En droit des assurances, « l'assureur doit obligatoirement fournir une fiche d'information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat » comme le dit l'article L.112-2 du Code des assurances. Comment peut-on qualifier une information qui se rapporte au prix que doivent verser les créanciers et les garanties qui résultent de ce versement ? Ne s'agit-il pas d'une information sur la valeur ?

La valeur « c'est ce que vaut en argent une chose, le montant de la somme d'argent qu'elle représente en général calculée d'après sa valeur vénale »[1255]. En partant de cette définition, on voit que l'assureur communique la valeur du risque couvert par le contrat d'assurance. L'assureur informe son client du capital, de la valeur qu'il retirerait si le risque venait à se réaliser. Les parties ne sont pas tenues de révéler à leur cocontractant le montant qu'ils pourront récolter à l'issue du contrat. La Cour de cassation n'exige pas du fournisseur une quelconque information relative à la rentabilité du contrat[1256]. La rentabilité n'est-elle pas la garantie en droit des assurances ? On serait tenté de répondre positivement à cette interrogation dans la mesure où l'information dans les deux cas porte sur les résultats attendus du contrat par l'investisseur.

À supposer que notre analyse soit fondée, on peut affirmer que l'obligation d'information du droit des assurances entre directement en conflit avec l'obligation d'information précontractuelle de droit commun. On remarque que les deux normes se contredisent quant à l'étendue du devoir d'informer le débiteur. Le droit commun exonère le débiteur de toute information sur la valeur alors que l'information du droit des assurances porte essentiellement sur la valeur des prestations. Cette opposition des normes ne s'arrête pas là, elle est aussi visible sur le caractère déterminant de l'information.

2. Les concours sur le caractère déterminant de l'information

Outre le conflit d'obligation d'information sur la valeur de la prestation, il existerait un concours d'obligation d'information sur le caractère déterminant de l'information en droit de la consommation. Toutes les informations consuméristes qui doivent être fournies ne seraient

[1255] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*. p. 1062, V° « Valeur »

[1256] Cass. com. 7 juillet 2004, n° 02-15.950

pas déterminantes. De même, l'étendue des informations à délivrer au consommateur est strictement limitée.

236. Toutes les informations devant être fournies au consommateur ne seraient pas déterminantes. Le législateur consumériste oblige les professionnels à fournir aux consommateurs plusieurs informations pour éclairer leur consentement[1257]. Si le caractère déterminant de certaines de ces informations n'est pas contestable, il existerait pour autant des informations qui peuvent difficilement être qualifiées de déterminantes. Parmi ces éléments d'information, on peut citer les informations relatives à l'identité du professionnel, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques. Ces informations ne peuvent exercer aucune influence déterminante sur le consentement du créancier. Leurs manquements ne peuvent pas causer de préjudice, encore moins vicier le consentement du consommateur. Au contraire, elles peuvent nuire à leur bénéficiaire, en effet, plus il y a d'information pour le consommateur, moins il est protégé.

Dès lors, il y aurait un conflit d'obligation d'information précontractuelle entre les dispositions du droit commun des contrats et les dispositions du Code de la consommation par rapport au caractère déterminant de l'information. En effet, en vertu des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, seules les informations déterminantes ayant un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties doivent être renseignées au créancier. Or, en droit de la consommation, le champ d'application de l'obligation d'information va au-delà des informations déterminantes. Il touche aussi des informations non déterminantes. Les deux obligations d'information précontractuelle se contredisent donc alors qu'elles ont le même but.

237. L'étendue des informations à délivrer à l'assureur est strictement limitée. Selon les dispositions de l'article L.113-2 du Code des assurances, l'assuré est tenu de « répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge ». Ce sont les réponses apportées par le souscripteur qui permettent à l'assureur de s'engager en toute connaissance de cause dans le contrat d'assurance. En cas d'absence de question sur un point, même déterminant, l'assuré n'est pas tenu de le révéler spontanément à son cocontractant[1258].

Dès lors, il n'y aurait pas de manquement à une obligation d'information de la part de l'assuré en l'absence de questions précises de l'assureur. Une telle mise en œuvre du devoir

[1257] *Supra* §177 et s.

[1258] Cass. 2e civ., 12 juin 2014, no 13-18936 ; Cass. 2e civ., 3 juillet 2014, no 13-18760, RGDA 2014. 443, note J. Pélissier ; RCA 2014, n° 352, note H. Groutel ; RDI 2014, p. 577, note p. Dessuet

d'information précontractuelle fait dire à un auteur que le droit des assurances « chasse en très grande partie le droit commun du contrat »[1259]. Cette position semble soutenable. En effet, le droit commun « bilatéralise » le devoir d'information. L'absence d'une réciprocité « parfaite » de l'obligation d'information entre l'assureur et l'assuré engendre un conflit d'obligation d'information précontractuelle entre le droit des assurances et le droit commun des contrats. Ce conflit continuera incontestablement puisque la jurisprudence estime qu'il n'y a pas « de déclaration de risques sans questions »[1260]. Alors qu'en droit commun des contrats, le débiteur doit délivrer l'information à son cocontractant chaque fois que celle-ci est déterminante pour le créancier. Il ne doit pas attendre d'être questionné pour livrer l'information déterminante.

En définitive, on constate qu'il existerait des conflits d'obligation d'information quant au contenu de l'information à délivrer. Des concours d'obligation d'information s'observent sur l'information sur la valeur de la prestation, notamment en droit des sociétés où les dirigeants sont tenus de renseigner les associés sur la valeur des titres sociaux. Il en est de même du caractère déterminant de l'information en droit de la distribution et en droit de la consommation. Mais, ce concours est aussi visible du point de vue des contrats soumis à une obligation d'information.

§2 : Les concours sur les contrats soumis à une obligation d'information

Les obligations d'information du droit commun des contrats entrent en concours avec certaines obligations spéciales d'information quant aux contrats soumis à une obligation d'information. Cette opposition se remarque aisément quand on analyse les conditions de déclenchement de l'obligation d'information en droit de la distribution. On ne sait pas si l'obligation d'information de droit commun sera étendue à tous les contrats de distribution ou si celle du droit de la distribution résistera à la pression du droit commun (A). Le même constat est possible lorsqu'on analyse l'articulation des obligations d'information de droit commun avec les obligations d'information consumériste (B).

A. Les concours dans les contrats d'affaires

[1259] A. Pélissier, « Formation du contrat », in *Réforme du droit des obligations et assurance*, *RGDA*, n° 11, 2017, p. 591

[1260] Cass. mix. 7 février 2014, n° 12-85107 : JCP 2014, p. 419, note M. Asselain ; RCA 2014, comm. 99, note H. Groutel ; RDI 2014, p. 217, obs. P. Dessuet.

Il ressort des dispositions de l'article L.330-3 du Code de commerce que trois conditions sont nécessaires pour qu'une partie soit tenue de délivrer une information précontractuelle à son partenaire : un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité, une mise à disposition de droit incorporel et un intérêt commun. Cependant, lorsque le fournisseur n'exige pas du distributeur un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité, les parties ne sont pas tenues de se livrer des informations (1). Il en est de même lorsque le contrat n'inclut pas de mise à disposition de marque, de nom commercial ou d'enseigne (2). Alors qu'en application des obligations d'information de droit commun, le fournisseur est tenu de renseigner son cocontractant dès l'instant que celui-ci ignore l'information ou lui fait confiance.

Avant d'évoquer ces deux points, il faut souligner aussi qu'il y a un conflit entre les règles gouvernant, les engagements cambiaires et les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. En effet, la Cour de cassation a estimé sous le fondement des articles L. 511-21 et L. 512-4 du code de commerce que l'aval constitue un engagement cambiaire gouverné par les règles propres du droit du change, de sorte que l'avaliste n'est pas fondé à rechercher la responsabilité de la banque, bénéficiaire du billet à ordre, pour manquement à un devoir d'information[1261]. La haute Cour casse ainsi la décision de la Cour d'appel de Reims du 30 mars 2021 qui a avait estimé qu'« aucune disposition du Code de commerce ne prévoyant de règles dérogatoires, cette obligation légale (art. 1112-1) de portée générale applicable à tous les contrats de quelque nature que soit s'applique donc au billet à ordre et à l'aval »[1262]. Cette décision crée donc un conflit de normes entre l'article 1112-1 du Code civil et les articles L. 511-21 et L. 512-4 du Code de commerce.

1. Le concours des obligations d'information dans les contrats de distribution dépourvus d'exclusivité ou de quasi-exclusivité

En droit de la distribution, l'obligation d'information précontractuelle de l'article L.330-3 du Code de commerce ne s'applique pas à tous les contrats. Pour qu'une partie soit obligée de respecter l'obligation d'information, il faut qu'elle exige de son cocontractant un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. Dès lors, pour tous les contrats de distribution ne comportant pas un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité, il n'y a pas d'obligation d'information précontractuelle. Or, en application des obligations d'information du droit

[1261] Cass. com., 5 avril 2023, n° 21-17.319

[1262] CA Reims, 1re ch. sect. civ., 24 mai 2022, n° 21/0032

commun des contrats, une partie ne peut se retrancher derrière l'absence d'exclusivité ou quasi-exclusivité pour refuser de renseigner son cocontractant. Cette opposition du respect de l'obligation d'information peut être analysée comme un conflit de norme. Plus particulièrement si celui-ci existe dans les contrats de distribution sélective et de référencement.

238. Il existerait un conflit d'obligation d'information dans les contrats de distribution sélective. Il y a conflit d'obligation d'information précontractuelle lorsque deux obligations d'information ont une même finalité, même si elles sont incompatibles dans leur application[1263]. En matière d'obligation d'information précontractuelle, la première condition ne cause pas trop de difficulté. En effet, toutes les dispositions mettant en place une obligation d'informer son cocontractant ont une finalité identique. Elles visent toutes à protéger la partie la plus faible du contrat en préparant son consentement. L'objectif c'est de permettre à la partie la plus faible de s'engager en toute connaissance de cause après la réception d'informations déterminantes pour son consentement. Cette identité de finalité se retrouve dans les obligations d'information précontractuelle de l'article L.330-3 du Code de commerce et dans celles de l'article 1112-1 du Code civil. Le premier promeut un engagement éclairé des distributeurs à l'égard des fournisseurs et le second vise aussi de manière générale à faciliter l'engagement de tout cocontractant à conclure en toute connaissance de cause.

Toutefois, du point de vue de leur application, l'article L.330-3 du Code de commerce et l'article 1112-1 du Code civil peuvent être considérés comme incompatibles dans les contrats de distribution sélective[1264]. Le contrat de distribution sélective est « un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés »[1265]. Dans ce type de contrat, le distributeur n'est pas tenu à l'égard du fournisseur à un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. Il est libre de s'approvisionner là où il veut. Dès lors, au moment de la conclusion du contrat, le fournisseur n'est pas obligé de le renseigner comme l'exige l'article L.330-3 du Code de commerce[1266]. Or, en application de l'article 1112-1 du Code civil, le fournisseur serait tenu de le renseigner. Ainsi, d'un côté, avec le droit commercial, il n'y a pas d'obligation pesant sur le fournisseur

[1263] H. Barbier, note sous Cass. com., 5 juillet 2016, n° 15-17.004 ; Cass. crim., 8 mars 2016, n° 14-88.347 ; CJUE, 2e ch., 14 juillet 2016, aff. C-196/15 ; Cass. 1re civ., 6 juillet 2016, n° 15-21.811, « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », *art. cit.*, p. 837

[1264] G. Blanc, « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », *art. cit.,* p. 218

[1265] Art. 1er § 1, e) du Règl. n° 330/2010/UE du 20 avril 2010, relatif aux accords verticaux.

[1266] Cl. Dias, *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps, op. cit.,* 40

alors que de l'autre côté, avec l'article 1112-1 du Code civil, le fournisseur serait redevable d'un devoir d'information.

Ainsi, l'article 1112-1 du Code civil entrerait frontalement en conflit avec l'article L.330-3 du Code de commerce. Dans tous les cas où l'engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité n'est pas imposé par le fournisseur, comme tel est le cas dans les contrats de distribution sélective, ou encore lorsque c'est le distributeur qui se soumet volontairement, il n'y a pas d'obligation d'information précontractuelle[1267].

D'ailleurs, la Cour de cassation avait jugé que l'article L.330-3 du Code de commerce n'était pas applicable à un contrat de distribution qui ne prévoyait « aucun engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité » de la part du distributeur[1268]. Le contrat de distribution sélective échapperait ainsi aux dispositions de l'article L.330-3 du Code de commerce alors que ce n'est pas le cas avec les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil[1269].

En vertu de ce qui précède, on remarque que le devoir général d'information contredirait littéralement l'article L.330-3 du Code de commerce dans les contrats de distribution sélective puisque le droit commun est plus étendu et il chercherait sûrement à imposer aux parties qui ne sont pas liées par un contrat de distribution exclusive ou quasi exclusive une obligation d'information précontractuelle.

239. Il existerait un conflit d'obligation d'information dans les contrats de référencement. Le conflit d'obligation d'information dans le contrat de distribution sélective n'est pas le seul en droit de la distribution. Il existerait aussi un conflit d'obligation d'information dans le contrat de référencement. Ce dernier peut être défini comme un contrat par lequel un groupement d'achat s'adresse à des distributeurs en vue de discuter les conditions qu'ils peuvent consentir à d'éventuels acquéreurs[1270]. En d'autres termes, le contrat de référencement consiste en une affiliation à une centrale d'achat ou de vente dans le but d'acheter ou de vendre dans de meilleures conditions. L'objectif du référencement c'est de faciliter l'acquisition ou la revente à l'ensemble des membres de la centrale. Plus il y a de membres dans une centrale, plus cette dernière peut obtenir de meilleures conditions de vente ou d'achat pour ses affiliés.

[1267] G. Blanc, « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », *art. cit.,* p. 218

[1268] Cass. com. 17 mars 2004, n° 02-12671

[1269] G. Blanc, « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », *art. cit.*, p. 218

[1270] J-J. Burst, *in* Journées d'actualité du droit de l'entreprise, *Litec*, 1973, p. 54

Toutefois, malgré l'affiliation à la centrale, l'affilié n'est pas souvent tenu de s'approvisionner exclusivement ou quasi exclusivement auprès des fournisseurs agréés par celle-ci[1271]. Il peut conserver sa liberté de s'approvisionner ou de vendre à d'autres personnes. Dans ce cas, le contrat de référencement serait sans exclusivité ou quasi-exclusivité. Dès lors, il échapperait à l'obligation d'information de l'article L.330-3 du Code de commerce qui conditionne la remise du document d'information précontractuelle à l'exclusivité ou la quasi-exclusivité[1272].

Or, si l'on appliquait les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil au contrat de référencement, ce dernier ne pourrait pas échapper à l'obligation d'information précontractuelle. Ce texte a un champ d'application beaucoup plus large que celui du Code de commerce. Il ne conditionne pas le respect de l'obligation d'information précontractuelle à l'existence d'un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité entre créancier et débiteur. Seule la connaissance de l'existence d'une information déterminante du débiteur et de l'ignorance légitime du créancier compte pour enclencher son exécution. Ainsi, l'application de l'article 1112-1 du Code civil peut obliger le respect d'une obligation d'information dans le contrat de référencement, même en l'absence d'engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité, alors que tel n'est pas le cas avec l'article L.330-3 du Code de commerce. Le droit commercial interdit l'obligation d'information alors que le droit commun le permet. Il y a donc clairement un conflit d'obligation d'information dans le contrat de référencement. Cette opposition des deux normes est aussi visible dans les contrats de distribution dépourvus de marque, d'enseigne ou de nom commercial.

2. Le concours des obligations d'information dans les contrats de distribution dépourvus d'une mise à disposition ou d'un intérêt commun

En droit de la distribution, l'information précontractuelle n'est due que si le fournisseur met à la disposition du distributeur une marque, une enseigne ou un nom commercial. Ainsi, lorsque le contrat de distribution ne met pas à la disposition du distributeur un de ces trois éléments, le fournisseur est exonéré de toute obligation d'information précontractuelle, comme c'est le cas dans le contrat de distribution de bière. De même, lorsque le contrat de distribution n'est pas d'intérêt commun, il n'y a pas d'obligation d'information sur la tête du fournisseur. Or, avec les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, les parties ne peuvent pas échapper à leur

[1271] N. Dissaux, « Centrales et groupements d'achat et de référencement : Relations externes », *Rép. com*., 2016

[1272] Cl. Dias, *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps, op. cit.,* 40

obligation d'information précontractuelle, d'où le conflit de norme qui pourrait exister dans les contrats de bière et de mandat.

240. Il existerait un conflit d'obligation d'information dans les contrats de distribution de bière. Au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi Doubin, la doctrine était divisée quant à la soumission du contrat de distribution de bière aux dispositions de l'article L.330-3 du Code de commerce. La principale difficulté était de savoir s'il y avait une mise à disposition d'un bien incorporel dans ce type de contrat. Sans mise à disposition, l'article L.330-3 du Code de commerce ne s'applique pas.

Pour certains auteurs, le contrat de distribution de bière ne peut pas échapper au document d'information précontractuelle[1273]. Ils estiment en effet qu'il y a bel et bien une mise à disposition dans le contrat de distribution de bière[1274]. Selon cette doctrine, les fournisseurs remettent généralement des objets publicitaires aux distributeurs comme leur nom commercial, leur enseigne ou leur marque, que ces derniers doivent restituer aux termes du contrat. Ainsi cette mise à disposition d'objets publicitaires suffit pour faire constater la première condition d'application de la loi Doubin.

Une autre partie de la doctrine n'est pas d'accord avec l'approche extensive du champ d'application de la loi Doubin. Elle soutient qu'il n'est pas possible de considérer la remise d'objet publicitaire au distributeur comme une mise à disposition au sens de l'article L.330-3 du Code de commerce[1275]. Ce dernier vise la mise à disposition de droit incorporel pouvant attirer une clientèle et non des objets corporels qui n'ont qu'une vocation publicitaire. Parmi ces deux mises à disposition, seule la première est visée par la loi Doubin. Or, le contrat de bière lui n'est concerné que par la seconde mise à disposition, ce qui l'exclut du champ d'application de la loi Doubin.

Après ces controverses doctrinales, la jurisprudence s'est positionnée. Elle estime depuis très longtemps que la mise à disposition d'objet publicitaire dans un contrat de distribution de bière ne peut pas être considérée comme une mise à disposition au sens de l'article L.330-3 du Code de commerce[1276]. Donc, ce qui veut dire que l'obligation d'information mise en place par la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de distribution de bière.

[1273] G. Blanc, « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », *art. cit.*, p. 218

[1274] P. Lutz, M. -P. Wagner, « Pourquoi la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de bière », *art. cit.,* p. 1708

[1275] P. Lutz, M.-P. Wagner, « Pourquoi la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de bière », *loc. cit.*

[1276] CA Douai, 2e ch., sect. 01, 26 janvier 2017, n° 15/07130 ; CA Reims, 7 juin 2016/n° 14/02970 ; CA Montpellier, 17 février 2015, n° 14/01926, Concurrences n° 2-2015, p. 110, obs. N. Eréséo, CA Aix-en-

Dès lors, il n'est pas possible de contraindre un fournisseur à renseigner son distributeur de bière comme l'exige l'article L.330-3 du Code de commerce[1277]. Or, en application des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, on obtiendrait un résultat contraire. En effet, en vertu du droit commun des contrats, un fournisseur de bière ne pourra pas refuser de renseigner son distributeur sur toutes les informations qui intéressent son consentement. On se retrouve ainsi devant un conflit d'obligation d'information précontractuelle. D'un côté, l'article L.330-3 du Code de commerce exonère les brasseurs de toute information précontractuelle et de l'autre côté, l'article 1112-1 du Code civil oblige les brasseurs à livrer toutes les informations déterminantes aux débitants.

241. Il existerait un conflit d'obligation d'information dans les contrats ne consacrant pas l'existence d'un mandat d'intérêt commun. En plus de la nécessité d'un engagement d'exclusivité ou quasi-exclusivité et d'une mise à disposition d'un droit incorporel, la loi Doubin ne peut s'appliquer que si le contrat de distribution est d'intérêt commun. Ainsi, si les deux parties au contrat ne poursuivent pas le même intérêt contractuel, le fournisseur n'est pas tenu de renseigner le distributeur.

La Cour de cassation avait d'ailleurs décidé que le contrat de commission n'est pas un contrat d'intérêt commun[1278]. Ce qui amène le professeur Gérard Blanc à souligner que « pour faire entrer le contrat de commission dans le champ de la loi de 1989, il demeure une difficulté relative à la condition d'intérêt commun »[1279]. En effet, le contrat de commission est un contrat par lequel une partie, nommée commissionnaire, agit en son nom, mais pour le compte d'une autre partie nommé commettant. Dans ce contrat, chacune des parties agit pour son propre intérêt. Tel est le cas des centrales d'achat. Celles-ci négocient, en leur nom, mais pour le compte des affiliés, des conditions de vente ou d'achat plus alléchantes. Pour autant, chacune des parties ne fait que défendre ses propres intérêts. Ainsi, il n'y aurait pas d'intérêt commun dans le contrat de commission.

Les dispositions de l'article L.330-3 du Code de commerce ne seraient donc pas applicables aux contrats de commission. Le commettant n'est donc pas tenu de renseigner le commissionnaire sur toutes les informations qui peuvent intéresser le consentement de ce dernier. Or, on obtiendrait un résultat contraire en application des dispositions de l'article 1112-

---

Provence, 28 mai 2004, JurisData n° 2004-247799 ; CA Nancy, 5 novembre 2002 : JurisData n° 2002-221770 ; CA Montpellier, 11 décembre 2001, JurisData n° 2001-176695 ; CA Pau, 23 mai 2001, JurisData n° 2001-144005.

[1277] Cl. Dias, *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps, op. cit.,* 40

[1278] Cass. com., 27 juin 1978, n° 76-13791

[1279] G. Blanc, « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », *art. cit.,* p. 218

1 du Code civil. En vertu de ce texte, dès l'instant qu'un commettant aurait connaissance d'une information déterminante pour le consentement du commissionnaire, il est tenu de l'informer dès lors que ce dernier ignore légitimement l'information ou lui a fait confiance. Ainsi, il y aurait un conflit d'obligation d'information quant au respect de celle-ci dans le contrat de commission.

Par ailleurs, le professeur Gérard Blanc note également que la « condition d'intérêt commun, a priori […] paraît exclue » [1280] dans les contrats de distribution qui sont régis par le Code du travail. Il s'agit, entre autres du voyageur représentant placier, du gérant de succursale salarié, du gérant de succursale alimentaire. Le premier est chargé de trouver des clients. Il peut être qualifié de mandataire au sens du droit civil, mais il a des spécificités qui font que ces règles se retrouvent dans le Code du travail : L.7313-7. Le second, vise entre autres des personnes qui vendent « des marchandises de toute nature qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise »[1281]. Enfin, le gérant non-salarié, est toute personne qui exploite, moyennant des remises proportionnelles au montant des ventes, les succursales des commerces de détail alimentaires ou des coopératives de consommation lorsque le contrat intervenu ne fixe pas les conditions de son travail et lui laisse toute latitude d'embaucher des salariés ou de se faire remplacer à ses frais et sous son entière responsabilité[1282].

Ces distributeurs salariés ne concluent pas un contrat d'intérêt commun avec leur fournisseur. Ils ne peuvent donc pas réclamer à celui-ci une obligation d'information précontractuelle au sens de l'article L.330-3 du Code de commerce. Or, si l'on se fonde sur le droit commun des contrats, les distributeurs salariés doivent être informés par leurs cocontractants dès l'instant que ces derniers détiennent des informations qui intéressent leur consentement. Il y aurait là donc un conflit d'obligation d'information précontractuelle entre l'article L.330-3 du Code de commerce et l'article 1112-1 du Code civil.

B. Les concours dans les contrats de consommation

Des conflits d'obligation d'information précontractuelle existeraient aussi dans les contrats de consommation. Pour s'en convaincre, il faut s'intéresser aux champs d'application de ces

[1280] G. Blanc, « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », *art. cit.*, p. 218

[1281] Art. L.7321-2 C. trav.

[1282] Art. L.7322-2 C. trav.

obligations d'information précontractuelle. C'est en droit des assurances que le concours des obligations d'information s'observerait dans les contrats exclus du domaine de l'information précontractuelle (1). De même, en droit bancaire et en droit de la consommation, il est possible d'observer un concours d'obligation d'information notamment sur le champ d'application *ratione personae* de celle-ci (2).

1. Le concours des obligations d'information dans les contrats d'assurance

Le devoir d'information précontractuelle du droit commun des contrats ne fait pas que compléter l'obligation d'information du droit des assurances, il semble aussi entrer en conflit avec celle-ci. Pour s'en apercevoir, il suffit de confronter les deux obligations d'information précontractuelle dans les contrats d'assurance sur les grands risques ou sur les contrats de courte durée[1283].

242. Il existerait un conflit d'obligation d'information dans les contrats d'assurance de grands risques. Il résulte des dispositions de l'article L.112-2 du Code des assurances que « l'assureur doit obligatoirement fournir une fiche d'information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat ». Avec cette fiche d'information, le consentement de l'assuré est éclairé sur les prix pratiqués par la compagnie d'assurances, mais aussi sur les garanties standards que celle-ci offre. C'est une étape indispensable pour avoir un contrat d'assurance transparent et bénéfique pour l'assuré. Mais, le souscripteur ne peut pas réclamer cette obligation d'information si le contrat porte sur un grand risque en application des dispositions de l'article R.112-2 du Code des assurances. Les grands risques sont prévus par les dispositions de l'article L.116 du Code des assurances. Il s'agit d'une part des assurances de grands risques par nature[1284] et d'autre part des assurances de grands risques liés à l'importance de l'activité économique du souscripteur[1285] qui remplit au moins deux des trois critères suivants : un total

[1283] P. Bertrand, « Réforme du droit des contrats : quel impact sur le contrat d'assurance ? » *art. cit.* p.1156 ; B. Beignier, S. Ben Hadj Yahia, *Droit des assurances,* 4e éd., LGDJ, 2021, §252

[1284] L'article L. 111-6 C. consom. cite à son 1er « a) Les corps de véhicules ferroviaires, aériens, maritimes, lacustres et fluviaux ainsi que la responsabilité civile afférente auxdits véhicules ; b) Les marchandises transportées ; c) Le crédit et la caution, lorsque le souscripteur exerce à titre professionnel une activité industrielle, commerciale ou libérale, à condition que le risque se rapporte à cette activité ; d) Les installations d'énergies marines renouvelables, définies par un décret en Conseil d'État ;

[1285] L'art. L. 111-6 C. consom. ajoute à 2° : Ceux qui concernent l'incendie et les éléments naturels, les autres dommages aux biens, la responsabilité civile générale, les pertes pécuniaires diverses, les corps de véhicules terrestres à moteur ainsi que la responsabilité civile, y compris celle du transporteur, afférente à ces véhicules, lorsque le souscripteur exerce une activité dont l'importance dépasse certains seuils définis par décret en Conseil d'État ».

du dernier bilan supérieur à 6,2 millions d'euros, un chiffre d'affaires du dernier exercice supérieur à 12,8 millions d'euros, un nombre de personnes employées en moyenne au cours du dernier exercice supérieur à 250[1286].

Ainsi, pour tout contrat d'assurance couvrant ces deux types de risque, il n'y a pas d'obligation d'information qui pèse sur l'assureur. La raison avancée pour l'exonération de son obligation d'information dans les contrats de grands risques, c'est que ces derniers sont souscrits par de grandes entreprises et que celles-ci ont dans leur personnel un *risk-manager* qui est censé renseigner l'entreprise avant la souscription[1287]. Mais, l'existence d'un *risk-manager* et le respect de l'obligation d'information par l'assureur ne feront que renforcer le consentement de l'entreprise.

Mais, avec cette exonération de l'assureur, ce dernier n'est pas sanctionné pour non-respect de l'obligation d'information précontractuelle sur le fondement de l'article L.116 du Code des assurances.

Pour autant, en application des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, tout assureur qui connaît une information déterminante pour le consentement du souscripteur est tenu de l'informer dès lors que légitimement ce dernier ignore l'information ou lui fait confiance. Dès lors, on se rend compte que l'article 1112-1 du Code civil et les articles L.116 et R.112-2 du Code des assurances seraient antinomiques sur le respect de l'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de grands risques.

243. Il existerait un conflit d'obligation d'information dans les contrats d'assurance de courte durée. Au-delà des contrats d'assurance de grand risque, l'assureur n'est pas tenu de renseigner le souscripteur sur les prix et les garanties avant la conclusion du contrat. Il revient ainsi au souscripteur de se renseigner avant de donner son consentement.

C'est l'article R.112-2 du Code des assurances qui exonère l'assureur de son obligation d'information précontractuelle dans les contrats d'assurance de courte durée. Selon cette disposition, les informations que l'assureur doit délivrer à l'assuré « ne sont pas […] applicables aux contrats d'assurance couvrant des risques liés à la villégiature, au camping, aux sports d'hiver, aux vacances et aux voyages, souscrits pour trois mois au plus et non renouvelables, ni aux contrats d'assurance de bagages valables pour un seul voyage, lorsque la prise d'effet de ces contrats intervient au plus tard quarante-huit heures après la proposition d'assurance… ».

[1286] Art. R. 111-1 C. assur.

[1287] Y. Lambert-Faivre, « Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 : la réforme des dispositions relatives au contrat d'assurance et à la protection des assurés », *D,* 1991, p. 1

Ainsi, il est clair qu'il n'y a aucune obligation d'information précontractuelle qui pèse sur l'assureur lorsque le contrat est de courte durée au regard du droit des assurances. Pour autant, si l'on se fonde sur les dispositions de l'article 1105 du Code civil, il est possible d'appliquer l'article 1112-1 du Code civil au contrat de courte durée.

L'assureur serait ainsi obligé de renseigner le souscripteur sur toutes les informations déterminantes qui intéressent le consentement de ce dernier. En faisant une application simultanée des dispositions de l'article 1112-1 et celles de l'article L.116 du Code des assurances, on obtiendrait ainsi des résultats contradictoires. En effet, avec le droit des assurances, l'assureur ne serait pas tenu de renseigner le souscripteur alors qu'avec le droit civil il serait tenu d'informer ce dernier. Il y aurait donc un conflit d'obligation d'information précontractuelle entre les contrats d'assurance de courte durée et le droit commun des contrats. Donc, en essayant d'articuler l'obligation d'information du droit des assurances et les obligations d'information précontractuelle de droit commun, on peut noter un possible conflit de norme notamment dans les contrats de grands risques et les contrats de courte durée. Le même constat peut être fait en appliquant simultanément l'obligation d'information précontractuelle du droit commun avec les obligations d'information du droit bancaire et du droit de la consommation.

2. Le concours d'obligation d'information dans les contrats bancaires et consuméristes

En articulant les obligations d'information de droit commun avec les obligations d'information consumériste, il est possible de constater aussi l'existence d'un possible conflit de norme. En droit bancaire, le conflit d'obligation d'information se situe dans le champ d'application *ratione personae* de l'obligation d'information précontractuelle. Il en est de même du conflit d'obligation d'information qui peut exister avec les obligations prévues par le Code de la consommation.

244. Il existerait un conflit d'obligation d'information *ratione personae* en droit bancaire. Le prêt est devenu un outil financier indispensable dans notre société. Il occupe une place privilégiée pour la réalisation des projets personnels et professionnels. Mais, ce recours systémique au crédit n'est pas sans conséquence pour les emprunteurs. Peu importe leur budget, ils sont tenus de rembourser leurs prêts. Ainsi, pour empêcher l'endettement excessif de certaines personnes, la jurisprudence a mis à la charge des banquiers un devoir de mise en garde

qui est une déclinaison de l'obligation d'information précontractuelle[1288]. Ainsi, le banquier dispensateur de crédit est tenu d'attirer l'attention de l'emprunteur sur les risques d'endettement excessif sous peine d'engager sa responsabilité civile.

Cependant, la haute juridiction limite le champ d'application de ce devoir de mise en garde. Il ne bénéficie qu'aux emprunteurs non avertis[1289], c'est-à-dire une personne ne comprenant pas la nature et la portée de ses engagements[1290]. Le non averti peut être un consommateur ou un professionnel[1291]. Parce qu'il n'est pas en mesure de considérer les risques qu'il prend, le non averti a besoin d'être accompagné afin de s'engager en toute connaissance de cause. Cet accompagnement doit être fait par le banquier. Ainsi, ce dernier doit, en plus de la délivrance de toutes les informations ayant une importance déterminante pour le consentement de l'emprunteur, le mettre en garde contre le risque d'endettement excessif. Le banquier doit ainsi prendre en considération les revenus de l'emprunteur, ses dettes, ses dépenses et le prêt qu'il attend de conclure afin d'évaluer ses capacités de paiement.

D'ailleurs, il a été jugé récemment que lorsqu'il est consenti à un emprunteur non averti un prêt comportant des paliers d'échéances, le prêteur est tenu à une obligation d'information et l'intermédiaire en crédit a un devoir de mise en garde sur le risque d'amortissement négatif qui en résulte[1292].

Toutefois, si le banquier est en face d'un emprunteur averti, il n'est pas obligé de le mettre en garde. Ce dernier doit évaluer lui-même les risques liés à son emprunt avant de s'engager. S'il évalue mal ce risque, il ne pourra pas se retourner contre le banquier. Dès lors, il est possible de constater ici un conflit d'obligation d'information précontractuelle. En effet, en application des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, le banquier devrait mettre en garde tous les emprunteurs sans distinction entre les avertis et les non avertis[1293]. Cette disposition doit être respectée dès l'instant que le banquier détient une information déterminante pour le consentement de l'emprunteur et que ce dernier ignore légitimement. Ce n'est pas parce qu'on est un professionnel qu'on est forcément capable d'évaluer d'office les risques liés à nos prêts.

[1288] *Supra* §11

[1289] Cass. mix., 29 juin 2007, bull. civ. ch. mixte, n° 7 et 8, n° 05-21104 et 06-11673, JCP G 2007, II, 10 146, note, D. A. Gourio ; D. 2007, p. 2081, note. S. Piedelièvre ; RTD civ, 2007, P. 779, obs. P. Jourdain ; Resp. civ. et assur. 2007, étude 15, S. Hocquet-Berg ; contrats, conc., consom., étude 5, H. Guyader.

[1290] R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, *ibid.,* §562,12

[1291] J. Ghestin, Gr. Loiseau, Y-M. Serinet, *Formation du contrat : Le contrat – Le consentement,* in Traité de droit civil, *op. cit.,*§1619

[1292] Cass. 1re civ., 25 mai 2022, n° 21-10.635

[1293] J. L. Capdeville, « Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire, étude prospective », *art. cit.,* p. 1434

On peut parfois avoir besoin du concours du banquier. Mais, la limitation du champ d'application *ratione personae* contredit l'application de l'obligation d'information précontractuelle de l'article 1112-1 du Code civil.

De même, depuis la réforme du droit des sûretés, le banquier n'est tenu de mettre en garde que la caution personne physique[1294]. Certes, la réforme a élargi le champ d'application du devoir de mise en garde à toutes cautions personnes physiques sans distinction entre les avertis et les non avertis[1295], mais il faut quand même relever que le banquier n'est toujours pas tenu de mettre en garde la caution personne morale. Pourtant, cette dernière peut aussi avoir besoin d'être accompagnée par le banquier avant de prendre l'engagement de payer à la place du débiteur principal d'autant plus que toutes les personnes ne sont pas forcément des professionnels du crédit. Dès lors, il y aurait là aussi un conflit d'obligation d'information précontractuelle puisque les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil s'appliquent à toutes personnes sans distinction.

245. Il existerait un conflit d'obligation d'information *ratione personae* en droit de la consommation. En vertu du Code de la consommation, chaque professionnel est obligé de renseigner son cocontractant préalablement à la conclusion sur un ensemble d'éléments déterminants du consentement de ce dernier[1296]. C'est dans ce sens que l'article L.111-1 du Code de la consommation oblige tout professionnel à communiquer au consommateur notamment les caractéristiques essentielles des biens et des services de manière lisible et compréhensible[1297].

Ainsi, on peut relever que seul un professionnel peut être tenu d'une obligation d'information précontractuelle au regard du Code de la consommation[1298]. Le consommateur et le non-professionnel, s'ils ont en leur possession des informations déterminantes, ne sont pas tenus de les délivrer au professionnel.

Dès lors, il y aurait un conflit d'obligation d'information précontractuelle sur ce point[1299]. En effet, en droit commun des contrats, chacune des parties du contrat peut être à la fois débitrice et créancière d'une obligation d'information précontractuelle. L'obligation d'information

---

[1294] M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés,* 10e éd., LexisNexis, 2010, §327

[1295] Ph. Simler, « Réforme du cautionnement », *JCP G*, Suppl., n° 43-44, 2021

[1296] *Supra* §177 et s.

[1297] CA Lyon 9 juin 2016, Lawlex161134 : l'obligation d'information du code de la consommation ne s'applique qu'au consommateur et non aux commerçant qui contracte dans le cadre de leur activité.

[1298] N. Sauphanor-Brouillaud, C. A. De Vincelles, G. Brunaux, L. Usinier, *Les Contrats de Consommation, Règles communes,* in Traité de Droit Civil, LGDJ, 2018, §387

[1299] Y. Picod, N. Picod, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, §236

consumériste est ainsi plus restrictive que celle du droit commun des contrats[1300]. Cette restriction créerait un conflit de norme. En application des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, le consommateur peut être tenu de renseigner le professionnel s'il a des informations qui sont déterminantes pour le consentement de ce dernier[1301]. Ce qui est tout à fait possible surtout dans le domaine bancaire et de l'assurance où la santé physique et financière constitue des éléments primordiaux pour le professionnel. Mais au regard de la restriction du Code de la consommation, les consommateurs ne sont pas tenus de livrer spontanément ces informations au professionnel. Or, on obtiendrait un résultat contraire en application de l'obligation d'information du droit commun des contrats. Ainsi, aucune partie ne peut se retrancher derrière sa qualité de consommateur pour se soustraire à son obligation d'information envers un professionnel. Même si la question des oppositions est plus théorique que pratique, il y a tout de même un conflit d'obligation d'information précontractuelle *ratione personae* entre le droit commun des contrats et le Code de la consommation.

Par ailleurs, l'obligation d'information consumériste n'est pas conditionnée par l'ignorance du consommateur ou par la confiance de celui-ci au professionnel[1302]. Dès l'instant que le contrat relève du droit de la consommation, le professionnel est tenu de s'acquitter de son obligation d'information précontractuelle. Ceci s'explique par le fait que le consommateur est présumé être ignorant alors que le professionnel lui est toujours considéré comme un connaisseur. Mais, une telle analyse de l'obligation d'information entraîne une opposition avec le droit commun. En effet, le devoir d'information du droit commun des contrats mettrait à la charge du consommateur, une obligation de se renseigner si l'information lui est accessible.

En somme, l'articulation de l'obligation d'information du droit commun des contrats avec certaines obligations d'information spéciale révèle qu'il y aurait des conflits entre celles-ci. Ces oppositions sont visibles aussi bien dans le contenu de l'information à délivrer que dans les contrats soumis à une obligation d'information. En outre, le régime de l'obligation d'information découlant de la réforme s'oppose parfois à celles des obligations spéciales.

Section II : Les concours sur le régime des obligations d'information

[1300] Vogel (L.) ; Vogel (J.), *Droit de la consommation,* in *Traité de droit économique*, T. 3, *op. cit.*, §377

[1301] J. Calais-Auloy, H. Temple, M. Depincé, *Droit de la consommation,* 10e éd., D., 2020, §52 ; N. Rzepecki, Droit de la consommation et théorie générale des contrats, préf. G. Wiederkehr, PUAM, 2002, n° 67

[1302] F. Berenger, Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit de la spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ? préf. C. Atias, PUAM, 2007, n° 43

L'articulation de certaines obligations spéciales d'information avec les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil révèle aussi qu'il existerait un conflit de norme entre ces dernières du point de vue de leurs régimes juridiques. Ce concours peut être constaté sur la question de l'ordre public (§1), mais également par rapport aux sanctions des obligations d'information précontractuelle (§2).

§1 : Les concours sur l'ordre public

Toutes les obligations d'information précontractuelle sont d'ordre public. Les parties ne peuvent ni les écarter ni les limiter[1303]. Toutefois, en droit de la distribution, il semblerait que les parties peuvent limiter voire exclure l'obligation d'information précontractuelle contrairement à ce qui est prévu par les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil (A). Par ailleurs, en droit commun des contrats l'obligation d'information, même si elle est d'ordre public, n'est pas une loi de police alors qu'en droit de la distribution la loi Doubin, selon la jurisprudence, est une loi de police (B).

A. Le concours sur l'intangibilité de l'obligation d'information

L'obligation d'information précontractuelle a pour objet d'éclairer la décision de la partie qui n'a pas accès aux données déterminantes pour son consentement. C'est dans ce sens que les nouvelles dispositions de l'article 1112-1 du Code civil précisent que les parties ne peuvent ni limiter ni exclure le devoir d'information. Cette interdiction se retrouve en principe dans les obligations d'information précontractuelle. Elle traduit le caractère d'ordre public de l'obligation d'information. Mais, en droit de la distribution, il semblerait que les parties peuvent d'un commun accord limiter l'étendue de l'obligation d'information précontractuelle. Il faut toutefois noter que cette limitation doit être relativisée au regard de la jurisprudence rendue sur cette possibilité.

246. Le franchiseur pourrait s'affranchir une partie de son obligation d'information précontractuelle en droit de la distribution. Les dispositions de l'article L.330-3 du Code de commerce obligent toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un droit incorporel en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité, de remettre à cette dernière un document d'information précontractuelle. Ce document doit contenir un certain nombre

[1303] *Supra* §101 et s.

d'informations déterminantes pour le consentement du destinataire. Parmi ces informations, on a la « présentation de l'état général et local du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat et des perspectives de développement de ce marché ». Cette information permet au futur distributeur d'évaluer la rentabilité de son investissement. Il s'agit d'une information capitale pour la conclusion du contrat de distribution. Sans elle, le candidat à la distribution ne peut pas savoir si les produits qu'il entend distribuer sont attractifs aux yeux de ces futurs clients. Les parties ne devraient donc pas pouvoir exclure cette information de celles qui doivent être fournies au créancier. Cette interdiction se justifie par le caractère d'ordre public de l'obligation d'information en droit de la distribution[1304].

Pourtant, la jurisprudence rendue par les juges du droit laisse penser le contraire. En effet, dans trois arrêts rendus le 5 janvier 2016[1305], la haute juridiction semble valider une clause de limitation de l'obligation d'information relativement à l'état de présentation du marché local et aux perspectives de développement. Dans ces trois affaires, le contrat de franchise prévoyait expressément qu'il appartenait au franchiseur de prendre de connaissance de l'état général et local du marché. Le franchiseur se déchargeait ainsi à travers cette clause de son obligation d'information précontractuelle sur ce point[1306].

C'est pourquoi chaque fois qu'il y a eu un contentieux entre les deux parties, le franchisé a invoqué le manquement à l'obligation d'information du franchiseur en mettant en cause la clause. Mais, la haute juridiction, au lieu de condamner la limitation de l'étendue de l'obligation d'information par la clause, a au contraire reconnu à la validité de celle-ci en approuvant les juges du fond qui avaient estimé « qu'une stipulation du contrat de franchise prévoyait que le franchisé "déclare avoir effectué sous sa propre responsabilité une étude de marché, et le cas échéant, une étude d'implantation dans la zone de recherche" et qu'il "assume la responsabilité de son étude d'implantation, de son étude de faisabilité et du choix de son point de vente s'il n'en dispose pas déjà d'un »[1307].

La Cour de cassation admettrait ainsi que l'étendue de l'obligation d'information précontractuelle en droit de la distribution soit limitée, malgré le caractère d'ordre public de celle-ci sans que la responsabilité du franchiseur puisse être engagée. Cette position de la haute

[1304] *Supra* §246 et s.

[1305] Cass. com., 5 janvier 2016, n° 14-15.705 ; Cass. com., 5 janvier 2016, n° 14-15.702 ; Cass. com., 5 janvier 2016, n° 14-15.710

[1306] M. Malaurie-Vignal, « Le dé-tricotage de la loi Doubin », *art. cit.,* p.27

[1307] Cass. com., 5 janvier 2016 – n° 14-15.710

Cour remettrait ainsi en cause l'intangibilité du champ d'application de la loi Doubin incarnée par son caractère d'ordre public.

Dès lors, en articulant la position de la Cour de cassation avec les nouvelles dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, on se retrouverait devant un conflit d'obligation d'information précontractuelle entre la loi Doubin et l'obligation d'information du droit commun des contrats. Les dispositions de l'article L.330-3 du Code de commerce admettraient une limitation du nombre d'informations déterminantes devant être délivrées au créancier, alors que l'article 1112-1 du Code civil interdit toute limitation de l'étendue de l'obligation d'information entre les parties.

247. La possibilité d'affranchissement d'une partie de l'obligation d'information précontractuelle par le franchiseur doit être relativisée. Le conflit d'obligation d'information précontractuelle entre le droit commun des contrats et le droit de la distribution relativement à l'intangibilité de celle-ci, doit être relativisé. Une lecture approfondie des trois arrêts de la Cour de cassation, ayant validé la limitation du champ d'application de la loi Doubin, permet de se douter de la possibilité pour le franchiseur de s'affranchir d'une partie de l'étendue de l'obligation d'information précontractuelle. En effet, dans les trois affaires jugées par la haute Cour, les franchisés n'étaient pas des non avertis dans le secteur. Ils avaient des connaissances approfondies du domaine de la franchise. Ils ne pouvaient donc pas légitimement ignorer l'état général et local du marché dans lequel ils voulaient investir.

Dans la première affaire, démontrant le défaut d'ignorance du franchisé, les juges du droit ont noté que ce dernier « exerçait la profession de courtier en produits bancaires et assurances depuis le mois de janvier 1996 dans la ville d'Haubourdin ; qu'il en déduit que M. X… avait une bonne connaissance du marché local dans lequel il évoluait depuis vingt ans et constate également qu'aux termes du contrat »[1308]. Dans la seconde affaire, la haute Cour soutient aussi que le franchisé « exerçait depuis vingt-huit ans une activité de courtage en matière d'assurance et de crédit dans la ville de Rouen, et qu'il a également exercé une activité de courtier en finances, de 1989 à 2006, dans la région d'Évreux ; qu'il en déduit que M. X… avait une bonne connaissance du marché local »[1309]. Dans le dernier arrêt, la Cour de cassation estime que les franchisés « avaient une expérience professionnelle, acquise, dans le domaine de l'assurance pour l'un, dans le secteur du courtage et de la banque pour l'autre ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a souverainement apprécié l'absence de

[1308] Cass. com., 5 janvier 2016 – n° 14-15.705

[1309] Cass. com., 5 janvier 2016 – n° 14-15.710

caractère déterminant de l'état du marché local et de ses perspectives, a légalement justifié sa décision »[1310].

On constate ainsi que la Cour de cassation a mis d'abord l'accent sur l'absence d'ignorance du franchisé avant de valider la clause limitative de l'obligation d'information précontractuelle. Cette approche est tout à fait justifiée dans la mesure où l'obligation d'information précontractuelle, que cela soit en droit commun ou en droit de la distribution, doit profiter uniquement à la personne qui ignore l'information[1311]. Toute personne qui a la possibilité de se renseigner ne doit pas attendre d'être informée par son cocontractant. Si elle le fait, son ignorance devient illégitime et elle ne pourra pas engager la responsabilité du débiteur ou demander la nullité du contrat pour manquement à une obligation d'information précontractuelle.

Par ailleurs, dans ces trois affaires, l'information exclue par la clause portait sur l'état général et local du marché ainsi que sur les perspectives de développement. Si ces informations font partie intégrante du champ d'application de l'article L.330-3 du Code de commerce, force est de reconnaître que leur respect strict implique de livrer des comptes prévisionnels au candidat à la franchise. Or, ceux-ci ne font pas partie du champ d'application de la loi Doubin[1312], comme l'information sur la valeur qui ne fait pas non plus partie du champ d'application de l'article 1112-1 du Code civil. Dès lors, c'est en toute logique que la validité de la clause de l'exclusion de l'information sur l'état général et local de marché a été validée par la Cour de cassation dans ces trois arrêts.

D'ailleurs, il faut noter enfin que la même chambre commerciale de la Cour de cassation a censuré récemment un des juges d'appel qui avait reconnu la validité d'une clause limitative de l'obligation d'information[1313]. Dans cette affaire, les juges du fond avaient retenu qu'ayant « attesté que le document d'information précontractuelle reprenait les éléments définis par l'article L.330-3 du code de commerce, qu'il connaissait le concept de la franchise et son fonctionnement ». Mais la chambre commerciale les censure pour manquement de base légale en soulignant « qu'en se déterminant par de tels motifs, sans vérifier par elle-même que le document d'information précontractuelle comportait les informations conformes aux exigences

[1310] Cass. com., 5 janvier 2016 – n° 14-15.702

[1311] *Supra* §36 et s.

[1312] *Supra* §193

[1313] A. Bories, note sous Cass. com., 10 janvier 2018, n° 15-25.287, « Sanction du manquement à l'obligation d'information précontractuelle du franchiseur et le sort corrélatif (ou pas) du contrat de prêt conclu par le franchisé : variations de la chambre commerciale », *art. cit.*, p. 1179

de l'article L. 330-3 susvisé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »[1314]. Toutefois, il existerait un autre concours d'obligation d'information relativement au caractère de loi de police de celle-ci.

B. Le concours sur le caractère de loi de police de l'obligation d'information

Comme toute disposition législative, la question de l'application de l'obligation d'information précontractuelle sur le plan international peut être soulevée. En droit commun des contrats, s'il est admis que les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil ne sont pas une loi de police, en droit de la distribution en revanche, la jurisprudence considère que l'article L.330-3 du Code de commerce est une loi de police. Il y a donc une opposition entre les deux obligations d'information sur leur applicabilité sur le plan international. Mais, ce conflit de norme n'est pas si évident au regard de la portée de la jurisprudence sur la question, c'est pourquoi il doit aussi être relativisé.

248. L'obligation d'information précontractuelle en droit de la distribution est une loi de police contrairement à celle du droit commun des contrats. On sait qu'en droit commun même si les parties peuvent alourdir leur devoir d'information ou le créancier a la possibilité de renoncer à son droit d'être informé, les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil sont d'ordre public[1315]. Ce caractère du devoir d'information existe dans toutes les obligations d'information qu'on a évoquées précédemment[1316]. Mais il se trouve qu'en droit spécial, certaines dispositions régissant le devoir d'information ne sont pas que des lois d'ordre public, elles sont également des lois de police. C'est le cas de l'article L.330-3 du Code de commerce. En effet, depuis un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 25 octobre 2011, la loi Doubin est promue au grade de loi de police. Selon le paragraphe 1er de l'article 9 du règlement n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) « une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au

[1314] Cass. com., 10 janvier 2018, n° 15-25.287, obs. D., 2019, p.783, N. Ferrier ; JCP N, n° 14, 2018, p.1179, A. Bories ; RDC, n° 01, p. 76, 2019, M. Behar-Touchais

[1315] *Supra* §101 et s.

[1316] *Supra* §101 et s.

contrat d'après le présent règlement »[1317]. Une loi de police s'applique donc d'office à une situation internationale qui devrait pourtant relever d'une autre loi nationale. C'est ainsi qu'en droit de la distribution, la Cour d'appel de Paris a jugé: « les dispositions de l'article L.330-3 du Code de commerce ne caractérisent pas seulement une loi de protection, mais […], procédant de l'ordre public économique de direction, elles constituent une loi de police applicable au contrat conclu avec une société française en vue de la création et du développement en France d'un réseau de franchise, sous licence étrangère, malgré la désignation par les parties de la loi québécoise comme loi du contrat »[1318]. Pour arriver à cette conclusion, les juges du droit s'étaient fondés sur trois points :

- D'abord, les juges parisiens ont estimé « la nature pénale de la sanction que les pouvoirs publics ont souhaité attacher à la méconnaissance de l'article L. 330-3 du Code du commerce atteste que le respect de cette disposition est jugé crucial pour la sauvegarde des intérêts publics, et en tout cas de l'intérêt public économique ».
- Ensuite, la Cour d'appel avait souligné « qu'au sein de l'Union européenne, la loi belge relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial du 19 décembre 2005 a explicitement conféré le caractère de loi de police aux dispositions qu'elle comporte, très proches à cet égard, de celles de l'article L.330-3 du Code de commerce ».
- Enfin, les juges du fond ont soutenu que « l'annexe 9 du contrat de licence fait, en l'espèce, explicitement référence au délai "des 20 jours minimum prescrits par la loi Doubin ».

C'est la combinaison de ces trois éléments qui a poussé la Cour d'appel de Paris à dire que les dispositions de l'article L.330-3 du Code de commerce sont une loi de police. Ce qui veut dire qu'en cas de conflit de norme internationale, il s'applique d'office.

Toutefois, en droit commun, les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil ne sont pas une loi de police. D'ailleurs, un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris a estimé qu'« en matière d'arbitrage international [l'obligation d'information prévue par l'article 1112-1 du Code civil] repose sur chacune des parties à qui il incombe de s'informer sur les modalités de l'arbitrage »[1319].

[1317] CJCE, 23 novembre 1999, Arblade E. A., aff. jtes C-369/96 et C-376/96 ; Rec. I. 8453, pt 30 ; CJCE, 19 juin 2008, Commission c/ Luxembourg, aff. C-319/06 : Rec. I. 4323, pt 29

[1318] CA Paris, 25 oct. 2011, n° 10/24023, RDC 2012, p. 563, obs. Racine ; Lettre distrib. 12/2011, p. 3 ; *adde* CA Paris, 24 oct. 2017, n° 17/02201 qui semble dire que l'article L.330-3 du Code commerce est une loi de police.

[1319] CA Paris, Pole 05, 16e ch. 19 octobre 2021, n° 18/01254

Dès lors, avec l'avènement d'un devoir d'information précontractuelle d'ordre public en droit commun, on peut se demander si l'article L.330-3 gardera encore son caractère de loi de police. En effet, le droit commun entre directement en conflit avec la loi Doubin quant à leur applicabilité sur le plan international. Le devoir général d'information voudra cantonner l'exigence d'un document d'information précontractuelle sur le plan interne alors que celui-ci voudra profiter de son envergure internationale pour s'appliquer à tous les contrats de distribution qui ont un lien de rattachement avec la France. Pour autant, il faut rester sceptique quant au caractère de loi de police de la loi Doubin[1320].

249. Le caractère de loi de police de l'obligation d'information du droit de la distribution doit être relativisé. Il n'est pas possible de soutenir de manière absolue que les dispositions de l'article L.330-3 du Code de commerce soient une loi de police[1321]. L'arrêt de la Cour d'appel ayant décidé du contraire est tout à fait critiquable à plusieurs égards. En effet, les arguments invoqués par les juges du fond pour reconnaître le caractère de loi de police à l'article L.330-3 du Code de commerce semblent assez légers[1322]. Dire que le caractère pénal de la sanction de la loi Doubin constitue un élément justifiant le caractère de loi de police de celle-ci conduit à qualifier tous les textes sanctionnés pénalement de lois de police quand bien même, comme en l'espèce, la sanction n'est jamais appliquée par les juges[1323]. De même, ce n'est pas parce que le législateur belge déclare que son obligation d'information en droit de la distribution est une loi de police que cette qualification doit forcément être transposée en France. Les politiques sociales et économiques des pays peuvent être différentes. Par ailleurs, dire que les stipulations contractuelles font référence au délai imparti pour remettre l'information contribue à retenir la qualité de loi de police aux dispositions de l'article L.330-3 du Code de commerce ; c'est comme si le non-respect du délai vise directement le consentement du créancier de l'information.

Par ailleurs, il faut noter que l'arrêt de la Cour d'appel du 25 octobre 2011 ayant reconnu le caractère de loi de police à la loi Doubin constitue un revirement des juges parisiens. En effet, dans un autre arrêt rendu le 30 novembre 2001, les mêmes juges du fond soutenaient que « la

---

[1320] J.-B. Gouache, M. Behar-Touchais, « La création du réseau de franchise : Conclusion des contrats de franchise », Fasc. 316-4, JCl Commercial, 2019

[1321] R. R. Oertel, *Le contrat international de distribution : concession et franchise, comparaison France-Brésil*, Bruylant, 2016, p. 346

[1322] M. Ponsard, M. Marcinkowski, « De certaines problématiques liées à la franchise internationale », *AJ Contrats,* 2015, p. 252

[1323] J-B. Racine, note sous CA Paris, 25 octobre 2011, n° 10/24023, « La loi Doubin qualifiée de loi de police », *RDC*, 2012, p. 563

loi no 89-1008 du 31 décembre 1989 […] devenue [l'article] L.330-3 du Code de commerce, loi protectrice d'ordre public interne, n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international ; qu'il en résulte qu'une partie ne peut prétendre voir sanctionner de nullité, au regard des prescriptions que cette loi comporte, le contrat de droit international expressément soumis au droit espagnol, qui la lie à son cocontractant »[1324].

Dès lors, au regard de cette instabilité jurisprudentielle sur le caractère de loi de police de la loi Doubin et de la légèreté des arguments du juge parisien, il est permis de se douter de la portée de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 25 octobre 2011. Ainsi, tant que la Cour de cassation ne se prononce pas sur la question, il n'est pas possible de soutenir, de manière péremptoire, que les dispositions de la loi Doubin soient une loi de police.

En définitive, au regard de l'ordre public, l'articulation des obligations d'information précontractuelle révèle qu'il existerait des conflits de norme notamment avec le droit de la distribution. Mais, ces conflits doivent être relativisés au regard de plusieurs points. Par ailleurs, le concours sur le régime juridique ne se limite pas du point de vue de l'ordre public, il s'étend aux sanctions.

§2 : Les concours sur les sanctions

Outre le concours des obligations d'information précontractuelle sur l'ordre public, celles-ci peuvent aussi entrer en conflit dans le domaine de leurs sanctions. En droit de la distribution, au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi Doubin, l'inexécution de l'obligation d'information dans les délais entraînait automatiquement la nullité du contrat[1325] avant que la jurisprudence n'exige un vice du consentement[1326]. Néanmoins, en droit de la consommation, le conflit d'obligation d'information sur les sanctions continue d'exister (A). Le même constat existe en droit des assurances (B).

[1324] CA Paris, 30 novembre 2001, Dr. & patr. p. 111, obs. D. Mainguy ; CDE 2002 n° 3, p. 29, obs. J. Raynard

[1325] CA Paris, 24 mars 1995 : D. 1995. IR 138 ; JCP 1995. I. 3867, n° 6, obs. Jamin ; CA 17 mai 1995 : D. 1997. Somm. 55, obs. Ferrier ; RJDA 1996, n° 331 ; CA Montpellier, 4 décembre 1997 : BICC 1998, n° 784 ; CA Montpellier 21 mars 2000 : D. 2001. Somm. 296, obs. Ferrier.

[1326] Cass. com. 10 février 1998, n° 95-21.906 ; Cass. com. 21 novembre 2000, n° 98-12.527, JCP E 2001, n° 17, p. 712, note L. Leveneur ; Cah. dr. entr. 2001, n° 2, p. 28, obs. J.-L. Respaud ; Cass. com. 15 mars 2011, n° 10-11.871 ; RDLC 2011, n° 3, p. 125, obs. N. Éréséo ; Dans le même sens : Cass. com. 13 avril 1999, n° 96-19.383, RJDA 1999, n° 660 ; Cah. dr. entr. 1999, n° 5, p. 18, obs. Ph. Grignon ; Cass. com. 19 octobre 1999, n° 97-14.367 : D. 2001. Somm. 296, obs. D. Ferrier ; Cass. com. 10 juin 2020, n° 18-21.536, AJ contrat 2020, p. 447, obs. N. Dissaux ; RTD civ. 2020. 869, obs. H. Barbier

A. Les concours sur les sanctions en droit de la consommation

En articulant les sanctions de certaines obligations d'information du droit de la consommation avec celles du devoir d'information du droit commun des contrats, on peut se rendre compte qu'elles se contredisent sur certains points. En effet, certains juges du fond ont laissé entendre que le simple manquement aux dispositions de l'article L.111-1 du Code de la consommation suffisait pour annuler un contrat. Par ailleurs, en matière de crédit à la consommation, il existe deux sanctions qui vont à l'encontre des règles du droit commun des contrats.

250. Il existerait une nullité automatique en cas de manquement à l'obligation d'information du droit de la consommation. Les dispositions de l'article L.111-1 du Code de la consommation obligent les professionnels à communiquer aux consommateurs un certain nombre d'informations déterminantes avant la conclusion du contrat[1327]. Ces informations permettent au consommateur de s'engager en toute connaissance de cause dans le contrat. Ainsi, en cas de manquement à cette obligation d'information précontractuelle, le contrat de consommation peut être annulé.

Toutefois, si la jurisprudence n'hésitait pas à sanctionner par la nullité le manquement à l'obligation d'information en cas de vice du consentement[1328], elle sanctionnait aussi ce manquement par la nullité du contrat sans qu'un vice du consentement ait été établi. En effet, la Cour d'appel d'Amiens a semblé admettre la nullité automatique du contrat de consommation en cas de manquement par le professionnel de son obligation d'information précontractuelle[1329]. Il s'agissait dans cette affaire d'un consommateur qui avait acquis, après un démarchage téléphonique, deux éoliennes murales Syn 700 plus un ballon d'eau chaude et un bloc thermodynamique. Le consommateur s'est plaint par la suite auprès du vendeur de l'absence de démarrage des éoliennes à vent faible, contrairement à la brochure remise, et du défaut de fonctionnement d'une éolienne. Il a assigné le professionnel devant le juge et a obtenu l'annulation du contrat pour violation de l'obligation d'information précontractuelle. En appel, la Cour d'appel d'Amiens confirme les premiers juges en ces termes : « le premier juge a justement retenu que le bon de commande se bornait à indiquer "Eolienne SYN 700" sans aucune autre référence du produit et de ses accessoires ni aucune mention de leurs

[1327] *Supra* §177 et s.

[1328] Cass. 3e civ., 15 janvier 1971, n° 69-12.180, D. 1971. Somm. 148 ; RTD civ. 1971, p. 839, obs. Y. Loussouarn ; Cass. 3e civ., 3 février 1981, n° 79-13.774, D. 1984, p. 457, note J. Ghestin ; Cass. 3e civ., 4 janvier 1991, n° 89-13.473, D. 1992. Somm. 196, obs. O. Tournafond ; Cass. 1re civ., 19 juin 1985, n° 84-10.934 P : JCP E 1985. I. 14834 ; Paris, 13 mai 1987 : D. 1987. IR 158.

[1329] CA Amiens - ch. civ. 01, 11 décembre 2018, n° 17/00571, H. Barbier – RTD civ. 2019

caractéristiques de sorte que les acquéreurs avaient dû se reporter en page 38 et 39 de la brochure commerciale qui leur avait été remise […]. L'expertise amiable comme la reconnaissance faite par le vendeur dans un courrier du 20 septembre 2012 démontrait que l'installation ne présentait pas les caractéristiques essentielles que les acquéreurs étaient en droit d'attendre. Il en a justement conclu que le contrat devait être annulé, sans même qu'il soit nécessaire d'examiner la demande de résolution pour inexécution fondée sur l'absence de fonctionnement de l'une des deux éoliennes. Il sera ajouté à ces motifs pertinents que la cour adopte expressément que les caractéristiques du matériel contenues à la brochure sont entrées dans le champ contractuel dès lors que ce document, joint au bon de commande, était manifestement destiné à suppléer aux carences du bon de commande dans la désignation de la nature et des caractéristiques des biens acquis. C'est en considération des caractéristiques du matériel figurant à la brochure que les acquéreurs se sont engagés. La fausseté de ces caractéristiques a induit en erreur les acquéreurs qui n'auraient pas acquis le matériel s'ils avaient connu les performances réelles bien moindres des éoliennes »[1330].

Cet arrêt de la Cour d'appel d'Amiens, même s'il est isolé, semble admettre qu'en cas de manquement aux dispositions de l'article L.111-1 du Code de la consommation, la nullité du contrat est d'office encourue sans qu'il y ait besoin de prouver un vice du consentement[1331]. Une telle approche des juges du fond conduit à un conflit d'obligation d'information du point de vue des sanctions entre le droit commun des contrats et le droit de la consommation. En effet, en droit commun, il ne peut pas y avoir de nullité si le manquement à l'obligation d'information n'a pas été suivi d'un vice du consentement.

Par ailleurs, d'autres violations d'obligations d'information sont expressément sanctionnées par des nullités automatiques. C'est notamment le cas des manquements des obligations d'information applicables aux contrats d'utilisation de biens à temps partagé, aux contrats de produit de vacances à long terme, aux contrats de revente, aux contrats d'échange[1332] et aux contrats de courtage matrimonial[1333]. Or, en droit commun, la nullité du contrat est toujours conditionnée par un vice du consentement. Le simple manquement à une obligation d'information précontractuelle est insuffisant à anéantir le contrat.

[1330] H. Barbier, note sous Cass. soc. 23 janvier 2019, n° 17-21.550, « Existe-t-il un numerus clausus des vices du consentement ? *RTD civ.,* 2019. p. 321

[1331] H. Barbier, note sous Cass. soc. 23 janvier 2019, n° 17-21.550, « Existe-t-il un numerus clausus des vices du consentement ? *loc. cit.,*

[1332] Article L242-26 C. consom.

[1333] Article L242-32 C. consom.

251. La violation de l'obligation d'information sur le crédit à la consommation est sanctionnée par une déchéance des intérêts et une responsabilité de plein droit. À côté de l'obligation d'information de droit commun, il y a plusieurs obligations d'information spéciale prévues dans le Code de la consommation[1334]. Parmi ces obligations d'information spéciale, il y a l'obligation d'information sur le crédit à la consommation. Celle-ci est prévue par les dispositions des articles L.312-12 et suivant du Code de la consommation. Ces dispositions obligent les professionnels du crédit à fournir aux emprunteurs préalablement à la conclusion du contrat « les informations nécessaires à la comparaison de différentes offres et permettant à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de son engagement ».

Ces informations ont ainsi pour but de permettre aux consommateurs de s'engager en toute connaissance de cause. C'est pourquoi le législateur consumériste a prévu deux sanctions originales pour prévenir les éventuels manquements de cette obligation d'information.

Comme première sanction, les dispositions de l'article L.312-27 du Code de la consommation prévoient que « le prêteur est responsable de plein droit à l'égard de l'emprunteur de la bonne exécution des obligations relatives à la formation du contrat de crédit ». Ainsi, le simple manquement à l'obligation d'information précontractuelle entraîne automatiquement la mise en œuvre de la responsabilité du banquier[1335]. Il n'y a pas besoin pour l'emprunteur de prouver que le manquement à l'obligation d'information lui a causé un préjudice. Celui-ci ne serait pas une condition d'existence de la responsabilité du banquier.

Comme seconde sanction, les dispositions de l'article L.341-1 du Code de la consommation prévoient que « le prêteur qui accorde un crédit sans communiquer à l'emprunteur les informations précontractuelles dans les conditions fixées par l'article L. 312-12 […] est déchu du droit aux intérêts ». Ainsi, le banquier qui aurait manqué à son obligation d'information vis-à-vis de son emprunteur ne pourrait pas lui réclamer les intérêts générés par le contrat de prêt[1336].

Le manquement à l'obligation d'information précontractuelle dans le cadre d'un crédit à la consommation ne pourrait être sanctionné par la nullité du contrat. Or en droit commun des contrats, tout manquement à une obligation d'information précontractuelle qui aurait conduit à

[1334] *Supra* §177 et s.

[1335] J. Ghestin, Gr. Loiseau, Y-M. Serinet, *Formation du contrat : Le contrat – Le consentement,* in Traité de droit civil, *op. cit.,* §1627

[1336] J. Ghestin, Gr. Loiseau, Y-M. Serinet, *Formation du contrat : Le contrat – Le consentement,* in Traité de droit civil, *op. cit.,* §1627

un vice du consentement peut être sanctionné par la nullité du contrat. Il y aurait ainsi un conflit de sanctions entre l'obligation d'information sur le crédit à la consommation et l'obligation d'information du droit commun des contrats. En effet, l'impossibilité de nullité en cas de manquement à l'obligation d'information consumériste, même en cas de vice du consentement, est contraire au droit commun des contrats. De même, la possibilité de mettre en œuvre automatiquement la responsabilité du banquier sans un préjudice de l'emprunteur est à l'opposé des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil.

En somme, l'articulation des sanctions entre l'obligation d'information du droit commun des contrats avec celles du droit de la consommation, démontre un conflit de normes sur la possibilité de nullité et de responsabilité automatique. Le conflit du point de vue des sanctions des obligations d'information précontractuelle existerait aussi avec le droit des assurances.

B. Les concours sur les sanctions en droit des assurances

En articulant les sanctions des obligations d'information précontractuelle entre le droit commun et le droit des assurances, on peut s'apercevoir de l'existence d'un concours de normes. En effet, si en droit commun des contrats le simple fait de ne pas révéler à son cocontractant une information déterminante est constitutif de faute, tel n'est pas toujours le cas dans les contrats d'assurance. Par ailleurs, à la différence des effets de la nullité du contrat après l'annulation du contrat en droit commun, en droit des assurances, il n'y aurait pas de rétroactivité.

252. Il ne peut pas y avoir de sanction pour fausse déclaration en l'absence de questions précises au souscripteur. Le droit des assurances et le droit commun des contrats semblent incompatibles sur la mise en œuvre des sanctions de la violation de l'obligation d'information précontractuelle. On a vu que le manquement au devoir général d'information peut entraîner la nullité du contrat pour manœuvre dolosive[1337], mais tel n'est pas toujours le cas dans les contrats d'assurance si l'on suit la position des juges du droit. En effet, des juges d'appel avaient annulé un contrat d'assurance aux motifs que l'assuré avait commis « une fausse déclaration intentionnelle en n'informant pas l'assureur de l'annulation de son permis de conduire pour perte de tous les points ». À la surprise générale, la haute Cour casse l'arrêt d'appel, sous le visa de l'ancien article 1134 du Code civil, en estimant que « la seule question posée au souscripteur, relative à ses antécédents, concernait le cas de "conduite en état d'ivresse au cours des cinq dernières années", à laquelle M. X. [l'assuré] a répondu de manière exacte, mais qu'aucune

[1337] *Supra* §157 et s.

question ne lui a été posée sur l'éventualité d'un retrait de permis de conduire pour perte de points attachés »[1338]. Quelques jours après cette décision, la Cour de cassation a réitéré sa position. Il s'agissait ici aussi de fausses déclarations de la part de l'assuré qu'il avait omis de révéler à son assureur « ses antécédents de conduite sous l'empire d'un état alcoolique ». Les hauts magistrats avaient approuvé les juges d'appel en soulignant très clairement « que l'assureur, qui n'a pas posé à l'assuré de question qui aurait dû amener celui-ci à lui déclarer ses antécédents de conduite sous l'empire d'un état alcoolique, n'est pas fondé à se prévaloir d'une réticence ou d'une fausse déclaration de ce dernier »[1339].

Ces deux arrêts enseignent qu'en droit des assurances, même si un assuré connaît une information déterminante pour le consentement de l'assureur, il n'est pas tenu de la lui livrer tant que celui-ci ne la lui demande pas. Conséquence : il n'y a pas de dol en cas de fausse déclaration de l'assuré à l'assureur. Une telle mise en œuvre du devoir d'information précontractuelle fait dire à un auteur que le droit des assurances « chasse en très grande partie le droit commun du contrat »[1340]. Cette position semble soutenable. En effet, le droit commun « bilatéralise » le devoir d'information en se fondant sur l'information déterminante. L'absence d'une réciprocité « parfaite » de l'obligation d'information entre l'assureur et l'assuré engendre un conflit sur l'applicabilité du dol en droit des assurances au regard du droit commun des contrats. Ce conflit continuera incontestablement puisque ces deux arrêts de la chambre civile rapportés n'ont fait que suivre la voie tracée par la chambre mixte qui avait estimé qu'il n'y a pas « de déclaration de risques sans questions »[1341]. Le conflit des obligations d'information précontractuelle entre le droit commun des contrats et le droit des assurances est visible aussi du point de vue des effets de la nullité du contrat consécutive à un manquement à une obligation d'information.

253. En cas de nullité pour fausse déclaration intentionnelle, seul l'assuré est tenu de restituer ses prestations. Au moment de la souscription du contrat d'assurance, si l'assuré ne répond pas correctement aux questions qui lui sont posées par l'assureur, il commet une fausse

---

[1338] Cass. 2e civ., 12 juin 2014, no 13-18936

[1339] Cass. 2e civ., 3 juillet 2014, no 13-18760, RGDA 2014. 443, note J. Pélissier ; RCA 2014, n° 352, note H. Groutel ; RDI 2014, p. 577, note p. Dessuet

[1340] A. Pélissier, « Formation du contrat », in *Réforme du droit des obligations et assurance*, *art. cit.,* p. 591

[1341] Cass. mix. 7 février 2014, n° 12-85107, JCP 2014, 419, note M. Asselain ; RCA 2014, comm. 99, note H. Groutel ; RDI 2014, p. 217, obs. P. Dessuet ; *adde* : Cass. 2e civ., 11 juin 2015, n° 14-14.336, D. 2015. 1317 ; RGDA 2015, p.340, note J. Kullmann; Gaz. Pal., 2013, p. 14, note D. Noguéro ; RCA 2015, n° 271, note H. Groutel. Cass. crim. 21 octobre 2014, n° 13-85.178, D. 2014, note R. Esclapon ; Cass. crim. 31 mai 2016, n° 15-82.252, RCA 2016, n° 261, note H Groutel ; Cass. 2e civ., 4 octobre 2018, n° 17-25.967, RCA 2019, n° 30 ; RGDA 2018, p. 546, note J. Pélissier

déclaration. Or, il résulte des dispositions de l'article L.113-8 du Code des assurances qu'en cas de fausse déclaration intentionnelle, le contrat d'assurance est nul. Le contrat d'assurance est dès lors censé n'avoir jamais existé entre les parties. Cette rétroactivité implique une restitution des prestations perçues par chacune des parties. Ainsi, en suivant le régime des restitutions prévu par les dispositions des articles 1352 et suivant du Code civil, l'assuré doit restituer les indemnités reçues et l'assureur doit aussi restituer les primes perçues.

Or, en droit des assurances, en cas de nullité consécutive à une fausse déclaration intentionnelle, ce n'est pas ce régime des nullités qui est prévu. En effet, il résulte de l'article L.113-8 du Code des assurances que les primes payées demeurent acquises à l'assureur, qui a droit au paiement de toutes les primes échues à titre de dommages et intérêts. Il n'y a donc pas de rétroactivité au bénéfice de l'assuré après une nullité pour fausse déclaration intentionnelle. Cette limite instaurée par le législateur en droit des assurances est contraire au régime des nullités prévu dans le Code civil et applicable à l'obligation d'information précontractuelle. Il y a donc là un concours sur le régime des restitutions entre l'obligation d'information précontractuelle de droit commun et celle du droit des assurances.

En définitive, l'articulation des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil avec l'obligation d'information du droit des assurances montre que ces dernières entrent en conflit avec les modalités d'exécution de l'obligation d'information par le souscripteur, mais aussi avec les restitutions consécutives au manquement de l'obligation d'information par l'assuré.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

L'étude des conflits entre les obligations d'information précontractuelle a permis de démontrer que l'article 1112-1 du Code civil peut être incompatible sur certains points avec les obligations spéciales d'information, tant sur le plan de leurs étendues que de leurs régimes.

En effet, dans les contrats d'affaires, l'obligation d'information de droit commun s'oppose à l'obligation d'information en droit des sociétés sur l'information sur la valeur de la prestation. En droit commun des contrats, il n'y a pas d'obligation d'information sur la valeur alors qu'en droit des sociétés, le dirigeant social est tenu d'informer l'associé sur la valeur des titres sociaux. En outre, toutes les informations devant figurer dans le document d'information précontractuel ne seraient pas déterminantes alors qu'en droit commun, l'obligation d'information ne porte que sur des informations déterminantes.

Dans les contrats consuméristes, il y aurait un conflit d'obligation d'information sur la valeur de la prestation entre le droit commun des contrats et le droit des assurances où le législateur oblige l'assureur à renseigner son souscripteur sur les avantages attendus du contrat en cas de réalisation du risque. En outre, comme dans les contrats de consommation, toutes les informations devant être fournies au consommateur ne seraient pas déterminantes contrairement aux dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. En droit des assurances, l'obligation d'information de l'assuré est strictement limitée. L'assuré n'est pas obligé de renseigner spontanément des informations déterminantes pour l'assureur sans une question de celui-ci. Or, avec le droit commun, le souscripteur serait tenu de livrer à l'assureur spontanément toutes les informations déterminantes pour ce dernier.

Par rapport au concours sur les contrats soumis à une obligation d'information précontractuelle, il faut noter qu'il existerait un conflit d'obligation d'information dans les contrats de distribution sélective où la loi Doubin ne serait pas applicable du fait de l'absence d'un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité dans ce type de contrat. En outre, il existerait un conflit d'obligation d'information dans les contrats de distribution de bière. Il n'y aurait ainsi pas d'obligation d'information au regard de la loi Doubin dans ces contrats alors que sur le fondement du droit commun des contrats il y aurait une obligation d'information à respecter.

Dans les contrats consuméristes, il existerait aussi un conflit d'obligation d'information dans les contrats d'assurance de grands risques et de courte durée où l'obligation d'information du droit des assurances n'est pas applicable, ce qui est contraire à l'article 1112-1 du Code civil. Aussi, la limitation *ratione personae* de l'obligation d'information en droit de la consommation et en droit bancaire s'oppose à l'obligation générale d'information.

Au regard du régime juridique, les conflits se situent sur la portée de l'ordre public, de l'obligation d'information et de ses sanctions. En effet, contrairement à l'obligation générale d'information, le franchiseur pourrait s'affranchir d'une partie de son obligation d'information précontractuelle en droit de la distribution. De même, à la différence de l'article 1112-1 du Code civil, l'obligation d'information précontractuelle en droit de la distribution est une loi de police.

Du point de vue des sanctions, la violation de l'obligation d'information sur le crédit à la consommation est sanctionnée par une déchéance des intérêts et une responsabilité de plein droit, ce qui est à l'opposé du droit commun des contrats. En droit des assurances, il ne peut pas y avoir de nullité pour fausse déclaration en l'absence de question précise posée au souscripteur. Aussi, en cas de nullité pour fausse déclaration intentionnelle, seul l'assuré est tenu de restituer ses prestations.

CHAPITRE II : LA RÉSOLUTION DES CONFLITS

La prolifération des législations spéciales[1342], en particulier l'obligation d'information précontractuelle, conduit à se demander laquelle appliquer en cas de concours. Doit-on privilégier l'obligation d'information spéciale au nom de l'adage *specialia generalibus derogant* ou au contraire, doit-on appliquer l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil du fait de sa nouveauté ? C'est à ces différentes interrogations que ce chapitre tentera d'apporter des réponses.

Au préalable, il faut noter qu'avant la réforme du droit des contrats, c'est l'ancien l'article 1107 du Code civil qui semblait trancher ces questions[1343]. Même si cette disposition ne répondait pas très clairement à ces différentes interrogations, elle avait le mérite de reconnaître la coexistence de plusieurs normes susceptibles de s'appliquer en même temps[1344]. C'est pourquoi, lorsque le projet de réforme du droit des contrats l'avait écarté, la doctrine s'était mobilisée pour demander sa restauration dans le Code civil[1345]. Cette sollicitation de la doctrine a été entendue par le législateur. Celui-ci a consacré l'adage *specialia generalibus derogant* pour résoudre les conflits de normes en droit des contrats (Section I). Mais, il faut noter que cette solution de la réforme du droit des contrats est loin de trancher de manière claire les concours pouvant naître entre l'article 1112-1 du Code civil et les obligations spéciales d'information[1346]. C'est pourquoi des solutions concurrentes à celle établie par le législateur doivent aussi être prises en considération dans la résolution des conflits entre les obligations d'information précontractuelle (Section II).

[1342] F. Buy, « De quelques conflits de lois internes en droit des affaires », *D*. 2019, p. 2257

[1343] Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequettte, LGDJ, 2009, §14 ; N. Balat, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *D*. 2015, p. 699 ; J. Huet, « L'article 1105 nouveau du Code civil : modification suggérée », *RDC*, n° 01, 2017, p. 168 ; N. Blanc, « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis*, *RDC*, n° 03, 2015, p. 810

[1344] N. Blanc, « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis*, *art. cit.*, p. 810

[1345] Y. Lequette, « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ?, *RDC*, 2015, n° 03, p.61 ; Th. Revet, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217

[1346] H. Barbier, note sous Cass. com., 5 juillet 2016, n° 15-17.004 ; Cass. crim., 8 mars 2016, n° 14-88.347 ; CJUE, 2e ch., 14 juillet 2016, aff. C-196/15 ; Cass. 1re civ., 6 juillet 2016, n° 15-21.811, « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », *art. cit.,* p. 837

Section I : La solution consacrée pour la résolution des conflits

La prévisibilité des normes en cas de conflit entre le droit commun des contrats et le droit spécial est l'une des raisons de la réforme du droit des contrats de 2016. C'est pourquoi le législateur a mis en place une règle pour résoudre les conflits pouvant exister entre le droit commun des contrats et certaines règles particulières. C'est ainsi que les nouvelles dispositions de l'article 1105 du Code civil prévoient que le droit commun s'applique sous réserve des règles particulières[1347]. À travers cette règle, le législateur consacre l'adage *specialia generalibus derogant* dans le corpus du Code civil français (§1)[1348]. Toutefois, cette règle ne semble pas absorber tous les conflits pouvant exister entre les obligations d'information précontractuelle[1349]. Elle a beaucoup d'insuffisances, causant ainsi des difficultés dans l'articulation des normes (§2).

§1 : La specialia *generalibus derogant*

En vertu de l'article 1105, alinéa 3, « les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ». Il s'agit d'une consécration de l'adage *specialia generalibus derogant* qui marque la primauté des obligations spéciales d'information sur celles du droit commun des contrats[1350]. Les juges doivent appliquer l'obligation spéciale d'information chaque fois que celle-ci entre en conflit avec l'obligation générale d'information. Cependant, il faut relever que

[1347] H. Le Nabasque, « Conventions libres et conventions réglementées : faut-il avoir peur de l'article 1161 du Code civil ? », *Bull. Joly Sté*., n° 11, 2016, p. 681

[1348] B. Cerveau, note sous Cass. 2e civ., 4 octobre 2018, n° 17-20624, « Les dispositions spéciales dérogent aux dispositions générales », Gaz. Pal., n° 09, 2019, p. 64

[1349] M. Behar-Touchais, note sous Cass. com., 8 février 2017, n° 15-23050, « L'exclusion brutale d'un associé coopérateur : quand le droit spécial chasse le droit plus général », *Bull. Joly Sté*., 2017, n° 05, p. 324

[1350] H. Barbier, note sous Cass. com., 5 juillet 2016, n° 15-17.004 ; Cass. crim., 8 mars 2016, n° 14-88.347 ; CJUE, 2e ch., 14 juillet 2016, aff. C-196/15 ; Cass. 1re civ., 6 juillet 2016, n° 15-21.811, « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », *art. cit.*, p. 837 ; O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p. 53 ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, *op. cit.* §116 ; B. Mercadal, « La réforme du droit des contrats », *op. cit.,* §138 ; Th. Douville (sous-dir.), « La réforme du droit des contrats : commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve », *Gualino,* 2016, p. 37 ; Ch. Goldie-Genicon, « *specialia generalibus derogant »,* in D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc, (sous-dir.), *Dictionnaire du contrat, LGDJ,* 2018, §245

l'éviction du devoir d'information précontractuelle par une quelconque obligation spéciale d'information (B) nécessite au préalable que certaines conditions soient réunies (A).

A. Les conditions d'application de la *specialia generalibus derogant*

L'adage *specialia generalibus derogant* ne s'applique pas si l'obligation d'information de droit commun et l'obligation spéciale d'information sont cumulables. C'est pourquoi l'application du dernier alinéa de l'article 1105 du Code civil, en plus d'une finalité commune des deux obligations d'information (1), nécessite certaines conditions dans leur applicabilité (2)[1351].

1. Les conditions tenant à la finalité des obligations d'information

Pour qu'une obligation spéciale d'information puisse s'appliquer de manière dérogatoire au devoir général d'information, il faut qu'elle ait la même finalité que les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. Les deux obligations d'information en conflit doivent ainsi protéger des individus similaires, mais également des intérêts similaires[1352].

254. Les obligations d'information précontractuelle en concours doivent protéger les mêmes personnes. Il ne peut pas y avoir de conflit d'obligation d'information précontractuelle si les deux normes qui s'opposent ne protègent pas une même personne. C'est parce qu'elles visent à protéger une seule personne que chacune d'elles peut être invoquée. Dès lors, il se pose la question de savoir quelle est la personne que les obligations d'information précontractuelle cherchent à protéger.

En droit commun des contrats, les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil chercheraient à protéger la partie la plus faible dans la phase précontractuelle[1353]. Par partie faible, il faut entendre celle qui a le moins d'information pour évaluer les enjeux du contrat à conclure. C'est

---

[1351] F. Bussy-Dunaud, *Les concours d'action en justice entre les mêmes parties : l'étendue de la faculté du plaideur*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1988, §570 et s.

[1352] H. Barbier, note sous Cass. com. 18 octobre 2017, n° 16-10.271, « La prise de risque de l'investisseur lors d'une introduction en bourse », *D.* 2018 p. 47 ; K. Lafaurie, « Clauses abusives : articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux », *JCP E,* n° 35, 2017, p.1453 ; M. Behar-Touchais, note sous Cass. com., 8 février 2017, n° 15-23050, « L'exclusion brutale d'un associé coopérateur : quand le droit spécial chasse le droit plus général », *art. cit.*, p. 324 ; St. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, préf. T. Azzi, 2012, §153

[1353] C. Larroumet, S. Bros, *Les obligations : le contrat,* in Traité de droit civil, T. 3, *op. cit.*, §329 ; J. Ghestin, Gr. Loiseau, Y-M. Serinet, *Formation du contrat : Le contrat – Le consentement,* in Traité de droit civil, *op. cit.,* §1520

pour éviter qu'elle ne soit trompée par la partie la plus informée que le législateur a instauré l'obligation d'information précontractuelle en droit commun des contrats. Ainsi, toute partie qui connaît une information déterminante pour le consentement de l'autre doit l'informer dès lors qu'elle ignore légitimement cette information.

On retrouve le même objectif dans les obligations spéciales d'information précontractuelle[1354]. En effet, en droit de la consommation, la personne que le législateur cherche à protéger n'est autre que le consommateur[1355]. Elle est la partie la plus faible du contrat. Le consommateur n'est pas en principe en mesure d'apprécier efficacement le contenu du contrat à la différence du professionnel. En droit de la distribution, les dispositions de l'article L.330-3 du Code de commerce, en obligeant le fournisseur à remettre un document d'information précontractuelle au distributeur, visent avant tout à protéger ce dernier contre des engagements non maîtrisés[1356]. En droit des assurances, l'assureur, maîtrisant plus le contenu du contrat d'assurance, doit informer le souscripteur. En retour, celui-ci, maîtrisant plus sa situation personnelle, doit éclairer son assureur[1357].

Toutes les obligations d'information précontractuelle appréhendées dans cette étude protégeraient ainsi la partie la plus faible dans la phase précontractuelle. C'est cette similitude qui fait qu'elles peuvent entrer en concurrence si les intérêts protégés sont les mêmes.

255. Les obligations d'information précontractuelle en concours doivent protéger les mêmes intérêts. La deuxième condition pour qu'on puisse dire qu'une obligation spéciale d'information précontractuelle a la même finalité que les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, c'est l'existence d'une similitude d'intérêts protégés. Les raisons qui ont motivé le législateur à protéger les parties faibles à travers l'obligation d'information précontractuelle doivent être identiques. C'est dans ce sens d'ailleurs qu'un auteur a souligné que « pour pouvoir se combattre, il faut se trouver sur un même terrain »[1358]. Ainsi, en droit commun des contrats, à travers le devoir d'information précontractuelle, le législateur cherche à protéger les intérêts

[1354] H. Aubry, « La protection de la partie faible », in F. Barbière (dir.) *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires*, *Lexisnixi*s, 2017, p. 32

[1355] J. Julien, *Droit de la consommation*, *op. cit.,* §67

[1356] F. Buy, M. Lamoureux, J-C. Roda, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, §84

[1357] B. Beignier, S. Ben Hadj Yahia, *Droit des assurances* § 265

[1358] G. Bound, « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier entre droit administratif », in *Les antinomies en droit*, *Bruylant,* Ch. Perelman, (sous dir.*), Dialectica,* Vol. 18, Issue 1-4, 1964

contractuels de la partie la moins informée[1359]. La protection du consentement des parties faibles est l'un des meilleurs moyens de protéger leurs intérêts dans le contrat. Sans information suffisante, il n'est pas possible de donner un consentement libre et éclairé, indispensable pour protéger ses intérêts dans un contrat.

Parmi les différentes obligations d'information qu'on a abordées jusqu'à maintenant, l'intérêt protégé est le même. À titre d'exemple, l'obligation d'information consumériste cherche à protéger le consentement du consommateur. L'exigence que le professionnel a d'informer ce dernier sur les caractéristiques essentielles des biens ou des services participe nécessairement à la protection du consentement du consommateur. En droit de la distribution, la remise d'un document d'information précontractuelle avant la conclusion du contrat permet au futur distributeur de mieux évaluer et de sauvegarder ses intérêts dans la relation contractuelle.

Donc, les différentes obligations d'information précontractuelle ont toutes pour finalité la protection du consentement de la partie la moins informée dans la phase précontractuelle. L'obligation d'information viserait ainsi à rééquilibrer le degré d'information sur le contenu du contrat entre les parties avant sa conclusion. Toutefois, l'existence d'une finalité similaire n'est pas suffisante pour l'application de l'adage *specialia generalibus derogant* lors d'un concours d'obligation d'information précontractuelle. Il faut aussi que dans leur applicabilité, les deux obligations d'information soient incompatibles.

2. Les conditions tenant à l'applicabilité des obligations d'information

La condition essentielle à l'application de l'adage *specialia generalibus derogant* se trouve dans l'applicabilité des obligations d'information précontractuelle[1360]. L'article 1105 du Code civil *in fine* ne s'impose que si les obligations d'information sont incompatibles. Sans incompatibilité, l'adage *specialia generalibus derogant* consacré au dernier alinéa de l'article 1105 du Code civil ne s'applique pas.

256. Les obligations d'information précontractuelle en concours doivent être incompatibles. L'obligation spéciale d'information doit être incompatible avec le devoir général d'information pour qu'elle puisse l'écarter. On doit être dans l'impossibilité de cumuler

[1359] H. Barbier, note sous Cass. com., 5 juillet 2016, n° 15-17.004 ; Cass. crim., 8 mars 2016, n° 14-88.347 ; CJUE, 2e ch., 14 juillet 2016, aff. C-196/15 ; Cass. 1re civ., 6 juillet 2016, n° 15-21.811, « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », *art. cit.*, p. 837

[1360] H. Barbier, note sous Cass. com., 5 juillet 2016, n° 15-17.004 ; Cass. crim., 8 mars 2016, n° 14-88.347 ; CJUE, 2e ch., 14 juillet 2016, aff. C-196/15 ; Cass. 1re civ., 6 juillet 2016, n° 15-21.811, « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », *art. cit.*, p. 837

les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil avec une obligation spéciale d'information dont elles partagent la même finalité. Les deux obligations d'information doivent ainsi être incompatibles dans leur application[1361].

Cette incompatibilité est qualifiée d'antinomie et les auteurs en distinguent deux catégories. En effet, on peut « qualifier d'antinomie non seulement la contradiction entre deux règles applicables à un même cas », mais aussi « la concurrence entre deux règles de droit de tendances contraires »[1362]. Autrement dit, il y a antinomie lorsqu'il existe une incompatibilité entre deux obligations d'information devant s'appliquer à un même problème, mais aussi lorsque les deux obligations d'information sont diamétralement opposées. Tel est le cas des obligations d'information précontractuelle et des obligations d'information en droit pénal. C'est ce qui est résumé ainsi : « antinomie par contradiction » et « antinomie de contraire »[1363]. Dans le cadre de l'obligation d'information précontractuelle, seule la première incompatibilité nous intéresse. Il faut quand même noter que les dispositions de l'article 1105 du Code civil ne mentionnent pas l'incompatibilité comme une condition de son application. Pour autant, la jurisprudence reconnaît depuis très longtemps l'incompatibilité comme étant l'une des conditions fondamentales d'application des règles de conflit[1364]. Sans incompatibilité, la règle de conflit ne s'applique pas[1365].

Néanmoins, en partant de l'idée de certains auteurs, il n'y aurait pas de conflit d'obligation d'information du moment qu'il existe une règle de conflit[1366]. Malgré sa pertinence, cette analyse est critiquable. En effet, en suivant cette interprétation, il n'y aurait plus d'antinomie[1367] entre les obligations spéciales d'information et l'obligation d'information de droit commun

---

[1361] K. Lafaurie, « Clauses abusives : l'articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux », *JCP E*, n° 35, 2017, p. 1453 ; G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil, op. cit.,* §116 ; St. Piédelièvre, *Droit de la consommation*, *op. cit.,* §55 ; analyse contraire : Gw. Lardeux, note sous Cass. 3e civ., 28 mai 2008, n° 07-10550, « *Specialia generalibus derogant* » ou la simplicité apparente des fausses évidences », *RDC*, 2008, n° 4, p. 1251

[1362] Ch. Huberla, « Antinomies et recours aux principes généraux », in Ch. Perelman, (sous dir.) *Les antinomies en droit, Bruylant, Dialectica,* Vol. 18, Issue 1-4, 1964, §384

[1363] N. Bobbi, « Des critères pour résoudre les antinomies », in *Les antinomies en droit, Bruylant,* Ch. Perelman, (sous dir.), *Dialectica,* Vol. 18, Issue 1-4, 1964

[1364] CA Versailles, 1re ch., 2e sect., 15 septembre 1995, RTD civ. 1996, p. 147, J. Mestre

[1365] J. Mestre, note sous CA Versailles 08 juillet 1994 ; « L'invocation d'un vice du consentement reste en principe possible malgré l'existence d'un dispositif spécial de protection du consentement », *RTD civ.,* 1995, p. 97

[1366] W. Malgau, « Les antinomies en droit, à propos de l'étude de G.Gavazzi », in *Les antinomies en droit, Bruylant,* Ch. Perelman, (sous dir.), *Dialectica,* Vol. 18, Issue 1-4, 1964, p. 8

[1367] Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit.* §385

puisque le dernier alinéa de l'article 1105 du Code civil semble trancher le conflit. Heureusement, cette conception n'est pas partagée par tous les auteurs[1368]. Il peut y avoir une incompatibilité entre les obligations d'information même s'il existe une règle spéciale pour résoudre le conflit. D'ailleurs, un auteur souligne : « chose est un problème, autre chose la solution de ce problème. Ce n'est pas parce que tel problème reçoit finalement une solution qu'il n'existe pas »[1369]. Dans le cadre de l'obligation d'information précontractuelle, chaque fois qu'il y aurait incompatibilité entre deux règles ayant le même objectif, il y aurait un conflit d'obligation d'information précontractuelle et l'article 1105 du Code civil devrait s'appliquer.

Si l'on compare certaines obligations d'information avec le devoir général d'information, on se rend compte que ces derniers sont parfois incompatibles[1370]. À titre d'exemple, on a évoqué précédemment que le droit commun n'imposait pas au débiteur une obligation d'information à renseigner son créancier sur la valeur de sa prestation, alors qu'en droit des sociétés le dirigeant social était tenu d'informer l'associé sur la valeur des titres sociaux[1371]. En droit de la distribution, on a vu aussi que l'obligation d'information s'étendait à des informations non déterminantes, alors qu'en droit commun celle-ci était limitée aux informations déterminantes[1372]. Aussi, contrairement aux dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, celles de la loi Doubin sont des lois de police qui s'imposent dans les contrats internationaux[1373].

En résumé, l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*, en cas de conflit d'obligation d'information précontractuelle, nécessite d'identifier au préalable si les deux obligations d'information protègent le consentement, mais également si elles sont incompatibles dans leurs applications. Si ces conditions sont réunies, l'adage *specialia generalibus derogant* produit ses effets.

B. Les effets de la *specialia generalibus derogant*

[1368] Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, loc. cit. ;*N. Bobbi, « Des critères pour résoudre les antinomies », in *Les antinomies en droit,* Ch. Perelman, (sous dir.), *art. cit.,* p.237 ;

[1369] P. Forie, « Les antinomies en droit », in *Les antinomies en droit, Bruylant,* Ch. Perelman, (sous dir.), *Dialectica,* Vol. 18, Issue 1-4, 1964, p.24

[1370] *Supra* §232 et s.

[1371] *Supra* §232

[1372] *Supra* §234

[1373] *Supra* §248

En cas d'incompatibilité entre le devoir général d'information et une obligation spéciale d'information, les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil sont purement et simplement écartées en application de l'adage *specialia generalibus derogant* consacré au dernier alinéa de l'article 1105 du Code civil (1). Cette exclusion conduit à l'application d'office de l'obligation spéciale d'information (2).

1. L'éviction de l'obligation d'information de droit commun

Lorsque le devoir général d'information est incompatible avec une obligation spéciale d'information, en application de l'adage *specialia generalibus derogant*, il est évincé par celle-ci. Ce qui veut dire que les deux obligations d'information ne peuvent pas être cumulées et aucun droit d'option n'est également ouvert aux parties.

257. L'éviction du devoir général d'information entraîne une impossibilité de cumul avec une obligation spéciale d'information. L'incompatibilité du devoir général d'information avec une obligation spéciale d'information a pour conséquence immédiate une impossibilité de cumul des deux règles[1374]. L'éviction du devoir général d'information interdit tout cumul avec une obligation spéciale d'information. Cette interdiction s'explique par le fait que l'application cumulée du devoir général d'information avec une obligation spéciale d'information conduit nécessairement à un résultat contradictoire. Le cumul aurait été possible si l'application cumulative des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil avec une obligation spéciale d'information pouvait conduire à un renforcement de la protection du consentement de la partie faible[1375]. Tel n'est pas le cas si les obligations d'information sont incompatibles.

C'est ainsi que dans le cadre d'une cession de titres sociaux entre un dirigeant et un associé, il n'est pas possible de cumuler les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil avec la jurisprudence Vilgrain qui oblige tout dirigeant à informer l'associé cédant de la valeur de ses titres sociaux. L'application simultanée de l'obligation d'information de droit commun avec celle posée par l'arrêt Vilgrain est impossible. D'un côté, le législateur exonère le débiteur de

[1374] J. Monéger, « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux : l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les articles L. 145-1 s. du code de commerce et le bail commercial », *RTD com*., 2016, p. 427 ; E. Claudel, « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (Commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) », *art. cit.,* p. 460

[1375] *Supra* §169 et s.

toute information relative à la valeur alors que de l'autre côté, la jurisprudence soutient le contraire. Le cumul des obligations d'information devient ainsi impossible.

Par ailleurs, en droit de la distribution, il n'est pas possible de cumuler les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil avec celles de l'article L.330-3 du Code de commerce pour étendre l'application de l'obligation d'information à des contrats dépourvus d'exclusivité ou de quasi-exclusivité comme les contrats de distribution sélective[1376]. En effet, la loi Doubin ne s'applique qu'aux contrats pourvus d'une exclusivité ou d'une quasi-exclusivité. Dans les autres contrats de distribution, le fournisseur n'est pas obligé de délivrer au distributeur un document d'information précontractuel. Alors qu'en application du droit commun des contrats, le document d'information serait obligatoire dans tous les contrats de distribution. L'application cumulative du devoir général d'information avec la loi Doubin devient ainsi impossible.

En outre, en droit des assurances, l'article L.112-2 du Code des assurances exonère l'assureur de remettre au souscripteur une fiche d'information dans le cadre des contrats de grands risques et des contrats de courte durée[1377]. Or, en application de l'obligation d'information du droit commun des contrats, l'assureur est tenu de remettre une fiche d'information au souscripteur dans ces deux types de contrats. La contradiction entre le devoir général d'information et l'obligation d'information en droit des assurances devient sur ce point palpable. Cette position des deux règles s'oppose à leur cumul ; ce qui évince le droit commun au profit du droit spécial.

258. L'éviction du devoir général d'information au profit d'une obligation spéciale d'information entraîne une impossibilité d'option entre les deux règles. En cas de conflit entre l'obligation d'information de droit commun et une obligation spéciale d'information, la première est évincée au profit de la seconde. Cette éviction interdit ainsi aux parties toute possibilité d'option entre les deux obligations d'information précontractuelle[1378].

L'ouverture d'une possibilité d'option entre l'obligation d'information de droit commun et une obligation spéciale d'information peut conduire à la disparition des obligations d'information spéciale réputées plus rigides, tant du point de vue de la quantité d'information à délivrer que du point de vue des modalités d'exécution de l'obligation d'information[1379]. Il serait ainsi évident que la partie la plus forte exigera que les informations soient échangées en vertu de

[1376] *Supra* §238 et s.

[1377] *Supra* §181 et s.

[1378] G. Lardeux, « *specialia generalibus derogant* » ou simplicité apparente des fausses évidences », *art. cit.*, p. 1251

[1379] Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit*. §370 ;

l'obligation d'information de droit commun réputée plus flexible, car accordant plus de marge de manœuvre aux parties[1380].

C'est pourquoi l'option entre l'obligation d'information de droit commun et une obligation spéciale d'information est impossible si les deux sont en concours pour ne pas déjouer les prévisions du législateur[1381]. L'ouverture d'un droit d'option en matière d'obligation d'information est contraire aux dispositions du dernier alinéa de l'article 1105 du Code civil. Comme le note très justement Mme Goldie-Genicon : « l'acceptation extensive de l'adage risque de se retourner contre ceux-là mêmes que la réglementation spéciale a pour objet de protéger »[1382].

Ainsi, en droit des assurances, les parties ne peuvent pas, d'un commun accord, soumettre les restitutions consécutives à l'annulation du contrat d'assurance pour fausse déclaration intentionnelle aux dispositions du droit commun des contrats qui permettrait une restitution de la prime à l'assuré. De même, dans le cadre d'une cession de titres sociaux entre un dirigeant social et un associé, il n'est pas possible pour les parties d'opter pour l'application de l'obligation d'information du droit commun des contrats qui exclut l'information sur la valeur du champ d'application de l'article 1112-1 du Code civil, à la différence de la jurisprudence Vilgrain. Par ailleurs, l'option entre la loi Doubin et l'obligation d'information de droit commun n'est pas possible dans un contrat de distribution international où la loi Doubin est considérée comme une loi de police.

En définitive, le devoir général d'information précontractuelle sera évincé chaque fois qu'il sera en conflit avec une obligation spéciale d'information. Cette exclusion s'explique par le caractère subsidiaire de l'obligation d'information de droit commun. Cela conduit à une application d'office de l'obligation spéciale d'information. Il est ainsi impossible de cumuler ou d'opter pour les obligations d'information. L'obligation spéciale d'information s'applique d'office.

2. L'application d'office de l'obligation spéciale d'information

[1380] *Supra* §129

[1381] Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.,* §370

[1382] Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *ibid.* §371

L'éviction du devoir général d'information au profil de l'obligation spéciale d'information s'explique par son caractère subsidiaire[1383]. C'est lui qui conduit à une application d'office de l'obligation spéciale d'information.

259. Le devoir général d'information a un caractère subsidiaire par rapport aux obligations spéciales d'information. L'article 1112-1 ne doit pas s'appliquer s'il existe une obligation spéciale d'information incompatible avec lui, et qui peut régir la phase précontractuelle du contrat que les parties entendent conclure. Cela s'explique par l'effet de l'adage *specialia generalibus derogant*. Celui-ci voudrait que le devoir général d'information ait une vocation secondaire. Il ne doit s'appliquer que s'il n'existe pas d'obligation spéciale d'information[1384]. Avec cette absence, le caractère subsidiaire du droit commun des contrats peut conduire à l'application des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil à une situation relevant normalement du droit spécial.

En partant des arguments de Mme Charlotte Goldie-Genicon**,** la subsidiarité du devoir général d'information peut se déduire implicitement de la volonté du législateur[1385]. En effet, lorsque le législateur met en place une nouvelle règle, il manifeste sa volonté d'évincer une règle ancienne[1386]. Mais, dans le cadre des obligations d'information, une telle déduction de l'éviction ne semble pas valable. Les obligations spéciales d'information ne sont pas les règles nouvelles. L'obligation d'information la plus récente est celle du droit commun des contrats. Alors, peut-on dire que le législateur ait eu une volonté implicite d'évincer les obligations spéciales d'information avec la consécration d'un devoir général d'information en droit commun des contrats ? Il semblerait que telle ne soit pas la volonté du législateur.

Il a plutôt exprimé une volonté différente. Celle-ci se trouve dans le dernier alinéa de l'article 1105 du Code civil relatif à la règle *specialia generalibus derogant.* Cette disposition consacre le principe de subsidiarité du droit commun des contrats. Il doit ainsi s'appliquer que s'il n'y a pas de règle spéciale.

Dès lors, en matière d'obligation d'information précontractuelle, les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil ne peuvent pas s'appliquer à une situation relevant d'un droit spécial antinomique avec elle. C'est ainsi que dans un contrat de distribution international,

---

[1383] G. Lardeux, « *specialia generalibus derogant* » ou simplicité apparente des fausses évidences », *art. cit.,* p. 1251

[1384] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*. p. 998, V° « Subsidiaire »

[1385] Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.* §388

[1386] Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *loc. cit.*

l'article 1112-1 du Code civil sera évincé par les dispositions de l'article L.330-3 du Code civil qui sont considérées comme une loi de police à la différence des dispositions du droit commun des contrats. De même, l'exclusion de l'information sur la valeur par l'obligation d'information de droit commun ne s'appliquera pas en droit des sociétés lorsque la cession des titres sociaux lie un associé et un dirigeant[1387]. Aussi, la méthode d'appréciation du caractère déterminant de l'information fixée par l'article 1112-1 du Code civil ne sera pas utilisée en droit de la distribution et en droit de la consommation où l'obligation d'information peut s'étendre à des données non déterminantes.

En définitive, si deux obligations d'information précontractuelle sont en conflit, l'obligation d'information la plus générale ne doit pas s'appliquer au nom de la subsidiarité du droit commun des contrats. Toutefois, la mise en œuvre de l'adage *specialia generalibus derogant* n'est pas aussi simple qu'il n'y paraît, il comporte beaucoup d'insuffisances.

§2 : Les insuffisances de la *specialia generalibus derogant*

La consécration d'un devoir général d'information en droit commun des contrats vient s'ajouter aux multiples obligations spéciales d'information précontractuelle. Cette cohabitation d'obligations d'information les met nécessairement en concurrence. C'est cette cohabitation que l'article 1105 *in fine*, du Code civil consacrant l'adage *specialia generalibus derogant,* entend résoudre. Mais, ce dernier brille par ses insuffisances (A). C'est pourquoi il faut tenter de corriger la rédaction de l'article 1105 du Code civil afin qu'il puisse résoudre plus efficacement les conflits de normes entre le droit commun des contrats et les droits spéciaux (B).

A. L'exposé des insuffisances de la *specialia generalibus derogant*

La manière dont l'adage *specialia generalibus derogant* est consacré dans le dernier alinéa de l'article 1105 du Code civil ne résout pas tous les problèmes d'articulation entre le devoir général d'information et les obligations spéciales d'information. Les conditions d'application de la *specialia generalibus derogant* sont imprécises (1). Par ailleurs, la *specialia generalibus,*

[1387] A. Couret, A. Reygrobellet, « Le droit des sociétés menacé par le nouvel article 1161 du code civil ? », *D.* 2016, p. 1867

tel que le prévoit l'article 1105, alinéa 3, ignorerait le but recherché par le législateur et la liberté contractuelle des parties ; il se heurte ainsi à son caractère statique (2).

1. Le caractère imprécis des conditions d'application de la *specialia generalibus derogant*

La solution émise par l'article 1105, alinéa 3 du Code civil, manque de clarté. On ne sait pas avec précision la nature de la « réserve » que le législateur veut conditionner pour l'application des droits spéciaux. Le critère qui devrait permettre d'identifier les conflits de norme reste ainsi flou. De même, la règle de conflit reste obscure quant aux règles pouvant entrer en opposition avec le droit commun des contrats.

260. Le législateur ne précise nullement le critère d'identification du conflit pouvant conduire à l'application de la *specialia generalibus derogant*. L'article 1105 du Code civil n'est pas allé au bout de ce qui devrait l'être. En effet, en affirmant que les règles générales s'appliquent « sous réserve » des règles particulières, la disposition reste inachevée[1388]. L'usage de l'expression « sous réserve » est très ambigu. Il amène à s'interroger sur le type de conflit que l'article 1105 du Code civil entend résoudre. S'agit-il d'un conflit horizontal, où les deux dispositions peuvent s'appliquer en même temps, ou d'un conflit vertical, où toute application cumulative des textes en concurrence est impossible[1389] ? Pour plus de clarté sur l'articulation entre le devoir général d'information et les obligations spéciales d'information, l'article 1105 *in fine* devrait aller au bout de la « réserve » qu'il émet.

Selon la doctrine, l'expression « sous réserve » signifierait « à l'exception de ». Ce qui veut dire que les règles générales s'appliquent à l'exception des règles particulières[1390]. Mais, même avec cette précision, la règle de conflit reste obscure. On ne nous dit pas le type d'exception dont il s'agit. S'agirait-il d'une exception d'existence ou d'incompatibilité ?

En disant que les règles générales s'appliquent « sous réserve » des règles particulières, le législateur laisse penser qu'il revient à la règle spéciale de préciser ses modalités d'articulation avec le droit commun des contrats. Le texte spécial doit ainsi préciser si le droit commun doit être écarté du seul fait de l'existence d'une obligation spéciale d'information ou s'il faut

---

[1388] P. Bertrand, « Réforme du droit des contrats : quel impact sur le contrat d'assurance ? » *art. cit.* p. 1156

[1389] Bertrand, « Réforme du droit des contrats : quel impact sur le contrat d'assurance ? » *loc. cit.*

[1390] Th. Douville (sous-dir.), « La réforme du droit des contrats : commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve », *art. cit.*, p.36 ; M. Chagny, « Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats », *RTD com*., 2016, p. 451 ;

nécessairement que les deux obligations d'information précontractuelle soient incompatibles. Tout laisse croire que la manière par laquelle se résout le conflit est prévue par l'article 1105 du Code civil, car l'obligation spéciale d'information chasse l'obligation d'information de droit commun chaque fois que les deux sont incompatibles et que le texte spécial prévoit sa primauté[1391]. À supposer que cette hypothèse soit valable, il existerait toujours des conflits d'obligation d'information non couverts par l'article 1105 du Code civil. C'est le cas lorsque l'obligation spéciale d'information est muette sur le conflit ou lorsque les deux obligations d'information peuvent être appliquées en même temps.

Par ailleurs, le législateur a pris le soin de préciser les modalités d'articulation entre le droit commun des contrats et les droits spéciaux quand il s'est rendu compte de l'incompatibilité des deux normes. En effet, lors de la ratification de l'ordonnance ayant réformé le droit des contrats, le législateur a inséré un article dans le Code monétaire et financier qui résout clairement le conflit de norme qui existait entre le droit financier et le droit commun sur l'imprévision. L'article L.211-40-1 du Code monétaire et financier prévoit que l'article 1195 du Code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 de ce Code. Dans les obligations d'information, il n'y a pas ce genre d'exclusion du droit commun. L'article 1105 est inachevé.

261. Le législateur ne précise pas avec clarté les règles pouvant entrer en conflit avec le droit commun des contrats. L'article 1105, alinéa 3 du Code civil disposant que « les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières » anticipe les conflits de norme auxquels le droit commun des contrats pourrait être confronté. Toutefois, la disposition ne dit pas avec précision la nature des dispositions contractuelles pouvant entrer en conflit avec le droit commun des contrats. L'expression « règles particulières » fait allusion aux « règles particulières à certains contrats » mentionnés à l'alinéa 2 de l'article 1105 du Code civil. Mais, dans l'ordre juridique français, les « règles particulières » ne renvoient à aucune règle existante. Elles peuvent être rattachées à la fois aux droits spéciaux qui sont prévus par d'autres Codes et aux règles des contrats spéciaux prévues dans le Code civil. Mais, elles évoqueraient plus les règles régissant les contrats spéciaux que les droits spéciaux prévus par d'autres Codes[1392].

L'ancien article 1107 du Code civil, qui n'était pas une règle de conflit, était plus précis sur la nature des règles qui pouvaient entrer en conflit avec les dispositions du droit commun des

[1391] O. Deshayes, Th. Genicon, Y-M. Laithier, « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 », *art. cit.,* p. 529

[1392] An. Hontebeyrie, « Article 1171 contre article L. 442-6, I, 2, la prescription dans la balance », *D.* 2016, p. 2180

contrats. Tout en empruntant l'expression « règles particulières », l'ancien article 1107 du Code civil avait le mérite d'englober dans sa rédaction aussi bien les textes des contrats spéciaux que ceux relevant d'autres Codes. En disant que « les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux… », l'ancien article 1107 du Code civil visait les contrats spéciaux. Et en précisant que « … les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce », l'ancien article 1107 du Code civil renvoyait aux textes prévus dans d'autres Codes. Ces précisions sont aujourd'hui absentes de l'article 1105 du Code civil. Dès lors, ce texte ne peut pas absorber tous les conflits de normes pouvant exister entre l'obligation d'information de droit commun et les obligations spéciales d'information[1393].

En somme, la règle des conflits des obligations d'information ne précise pas le critère permettant d'identifier les conflits entre le droit commun et les droits spéciaux. De la même manière, elle reste obscure quant aux textes qui peuvent entrer en conflit avec les règles du droit commun des contrats. Les insuffisances de la règle de conflit posée par l'article 1105 du Code civil ne s'arrêtent pas là, elles se manifestent aussi dans le caractère statique de la *specialia generalibus derogant.*

2. Le caractère statique de la specialia *generalibus derogant*

L'application d'office des obligations spéciales d'information précontractuelle en cas de concurrence avec l'obligation générale d'information, comme le prévoit l'article 1105 du Code civil, témoigne de la méconnaissance des objectifs de la *specialia generalibus derogant* recherchés par le législateur. Mais la méconnaissance de la liberté contractuelle par la règle de conflit atteste davantage du caractère statique de l'adage *specialia generalibus derogant*.

262. La *specialia generalibus derogant* ne prend pas en compte les objectifs poursuivis par le législateur. En cas de conflit d'obligation d'information précontractuelle, les dispositions de l'article 1105 du Code civil s'appliquent mécaniquement. Elles ne prennent nullement en compte les objectifs poursuivis par le législateur dans les obligations d'information en conflit pour trancher le concours[1394]. Or, comme relevé précédemment, le législateur veut protéger le consentement des parties à travers l'obligation d'information précontractuelle. Ainsi, il n'est pas certain que l'éviction mécanique de l'obligation

[1393] B. Mercadal, *Mémento Droit commercial,* Francis Lefebvre, 2023, §11 000

[1394] N. Balat, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *art. cit.*

d'information de droit commun par l'article 1105 du Code civil peut permettre d'atteindre cet objectif. L'idée selon laquelle les obligations spéciales d'information traduiraient plus la volonté du législateur n'est pas valable ici[1395]. L'obligation d'information de droit commun, du fait de sa nouveauté, reflète davantage la volonté actuelle du législateur que les obligations spéciales d'information. D'ailleurs, elle protégerait plus les parties faibles que certaines obligations spéciales d'information.

Dès lors, l'article 1105 du Code civil ne doit pas priver d'effet les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil[1396]. La simple existence d'une obligation spéciale d'information suffit à faire échec à l'application de l'article 1112-1 du Code civil. Or, ce n'est pas parce que l'objet d'un devoir spécial d'information est plus restreint que celui du devoir général qu'il serait plus protecteur[1397].

D'ailleurs, en droit de la distribution, l'application des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil en lieu et place de la loi Doubin permet d'étendre la remise du document d'information précontractuelle à tous les contrats de distribution, qu'ils soient d'engagement exclusif ou non. De même, en droit des assurances, l'application de l'obligation d'information de droit commun permet à tous les souscripteurs de bénéficier d'une fiche d'information précontractuelle dans tous les contrats d'assurance, même ceux couvrant les grands risques. La règle de conflit de l'article 1105 du Code civil aurait dû permettre d'appliquer l'obligation d'information qui protège le mieux le consentement de la partie faible en cas de concurrence. L'obligation d'information de droit commun devrait ainsi pouvoir évincer les obligations spéciales d'information. Le dernier alinéa de l'article 1105 du Code civil, symbolisant l'adage *specialia generalibus derogant,* méconnaît ainsi l'objectif poursuivi par le législateur en écartant systématiquement l'obligation d'information de droit commun en conflit avec une obligation spéciale d'information.

263. La *specialia generalibus derogant* ne prend pas en compte la liberté contractuelle des parties. Au nom de la liberté contractuelle, la règle de conflit exprimée au dernier alinéa de l'article 1105 du Code civil devrait laisser aux parties la possibilité de choisir librement l'obligation d'information applicable à leur phase précontractuelle. Cette liberté prend sa source dans les dispositions liminaires du nouveau Code civil qui place la liberté contractuelle au rang

[1395] St. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* §149

[1396] *Infra* §264 et s.

[1397] H. Barbier, note sous Cass. 3e civ., 26 janvier 2017, n° 15-27.580 ; Cass. com., 8 février 2017, n° 15-23.050, « De la légitimité douteuse de l'adage *specialia generalibus derogant* pour articuler les droits spéciaux entre eux », *RTD civ.,* 2017 p. 372

de standard juridique en droit de contrats. Malgré cette consécration, les dispositions de l'article 1105 du Code civil ne reconnaissent aucune option aux parties en cas de concurrence entre deux obligations d'information précontractuelle[1398]. En outre, les parties ne peuvent pas non plus cumuler une obligation spéciale d'information précontractuelle avec l'obligation d'information de droit commun si l'on fait une application stricte de la règle de conflit posée par l'article 1105, alinéa 3 du Code civil. La vision tronquée de celui-ci prive de toute liberté contractuelle les parties[1399]. Même si celles-ci sont plus protégées par les dispositions du droit commun des contrats ; le caractère mécanique de la règle de conflit prive automatiquement les bénéficiaires ces dernières.

En faisant abstraction du caractère d'ordre public de la loi Doubin[1400] lors de la conclusion d'un contrat de distribution, les parties ne peuvent pas opter pour l'application des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil pour étendre la remise du document d'information précontractuelle à des contrats non soumis à l'obligation d'information.

Il faut retenir que l'adage *specialia generalibus derogant* exprimé dans le droit commun des contrats se distingue par son caractère statique. La règle des conflits, en plus d'être immuable, est aussi incomplète quant à ses conditions d'application. Aussi, elle n'accorde aucune liberté contractuelle aux parties. C'est pourquoi il faut songer à la réformer pour plus de cohérence entre le droit commun des contrats et les droits spéciaux.

B. La réforme de la specialia generalibus derogant

L'articulation du droit commun des contrats avec les droits spéciaux étant le plus grand défi de la réforme[1401], il est important d'avoir une règle de conflit claire et précise sur les concours pouvant résulter entre les textes. Tel n'est pas le cas actuellement[1402]. Il faut donc réformer la règle de conflit actuel sur certains points (1) pour avoir une lecture plus cohérente entre les textes du droit commun et des droits spéciaux (2).

[1398] C. Radé, note sous Cass. 1re civ., 14 mai 1996, n° 94-13.921, « L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés », *JCP G*, n° 12, 19 Mars 1997, doctr. 4009, §8

[1399] N. Blanc, « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis*, *art. cit.*, p. 810

[1400] *Supra* §246 et s.

[1401] H. Barbier, note sous Cass. com., 5 juillet 2016, n° 15-17.004 ; Cass. crim., 8 mars 2016, n° 14-88.347 ; CJUE, 2e ch., 14 juillet 2016, aff. C-196/15 ; Cass. 1re civ., 6 juillet 2016, n° 15-21.811, « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », *art. cit.*, p. 837

[1402] N. Molfessis, « Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », *art. cit.,* n° 41

1. Les points à réformer dans la *specialia generalibus derogant*

Afin de rendre la règle de conflit de l'article 1105, alinéa 3 du Code civil plus intelligible, il faut la réformer sur certains points. Il faut prévoir dans le texte un critère de conflit qui déclenchera l'application de la *specialia generalibus derogant.* Il faut aussi préciser les règles qui peuvent entrer en conflit avec le droit commun des contrats.

264. Il faut l'instauration d'un critère d'identification des conflits entre le droit commun des contrats et les règles particulières. L'instauration d'une ou de quelques expressions au dernier alinéa de l'article 1105 du Code civil permettra de savoir avec certitude dans quel cas le devoir général d'information peut s'appliquer ou s'écarter en cas de conflit avec une obligation spéciale d'information. Plusieurs expressions peuvent être insérées dans le texte de conflit pour le rendre intelligible. C'est le cas de la notion « d'incompatibilité » ou « d'antinomie ». L'une de ces expressions permettra de savoir sans difficulté que l'obligation d'information de droit commun ne s'applique dans les situations particulières que si elle n'est pas contradictoire avec le texte spécial en concurrence.

Ces notions ne sont pas inconnues de notre législateur. En effet, pour faciliter l'articulation des sanctions contractuelles en cas d'inexécution du contrat, l'article 1217 prévoit que les sanctions de l'inexécution du contrat qui ne sont pas « incompatibles » peuvent être cumulées. Ce texte, tout en définissant le critère permettant d'identifier le conflit, tranche de manière très claire à propos des conflits pouvant résulter des sanctions de l'inexécution du contrat. En outre, en droit des sociétés commerciales, l'article 227-1 du Code de commerce prévoit que les dispositions régissant la société anonyme sont applicables aux sociétés par actions simplifiées si elles sont « compatibles ».

La doctrine a également proposé ces expressions pour faciliter l'articulation du droit commun avec les droits spéciaux. Mme Charlotte Goldie-Genicon plaidait, déjà avant la réforme, pour l'instauration de la notion d'antinomie dans le texte organisant les rapports entre le droit commun et le droit spécial[1403]. Elle proposait d'écrire la règle de conflit en ces termes : « les contrats, lorsqu'ils sont soumis à des règles particulières, demeurent soumis aux règles communes gouvernant les contrats, pourvu qu'il n'y ait pas d'antinomie entre ces règles communes et ces règles particulières. En cas d'antinomie entre une ou plusieurs de ces règles

[1403] Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.* §393

communes et une ou plusieurs des règles particulières à un contrat, concomitantes et de même rang, la ou les règles particulières évincent la ou les règles communes, dans le seul champ d'application des règles particulières. L'antinomie est caractérisée par l'existence d'une incompatibilité entre les directives de règles relatives à un même objet ». En outre, à la lecture du projet de réforme du droit des contrats, M. Nicolas Balat avait suggéré l'insertion du terme « incompatibilité » dans la règle de conflit[1404]. Il proposait ainsi de légiférer : « en cas d'incompatibilité entre une règle de droit commun et une règle spéciale, la seconde reçoit application ; il ne peut être dérogé à ce principe, pour accorder une option entre règle de droit commun et règle spéciale, que par une disposition législative expresse. Hors du strict domaine des règles spéciales, il est subsidiairement fait application du droit commun ». Enfin, avant la ratification de l'ordonnance, des auteurs avaient également souhaité une amélioration de l'article 1105 avec l'instauration de la notion d'antinomie en droit commun[1405].

265. Il faut définir la nature des règles particulières pouvant entrer en conflit avec le droit commun des contrats. L'article 1105 du Code civil, censé résoudre les conflits de norme qui peuvent exister entre le droit commun des contrats et d'autres règles, ne précise pas suffisamment la nature de ces règles. Le droit commun des contrats peut s'opposer aussi bien au droit des contrats spéciaux du Code civil qu'aux droits spéciaux. L'expression « règles particulières » qu'emprunte le nouvel article 1105 du Code civil ne renvoie à aucune de ces règles explicitement. L'alinéa 2 de l'article 1105 ne permet ainsi pas d'affirmer avec certitude que les dispositions du droit commun des contrats s'appliqueront à la fois dans les contrats spéciaux et dans les contrats régis par des textes spéciaux.

D'ailleurs, dans l'ancien Code civil, la même carence existait. La référence à la matière commerciale dans les dispositions de l'ancien l'article 1107 du Code civil que les « règles particulières » remplacent aujourd'hui n'a été admis dans le Code civil qu'à partir de 1807[1406]. Des règles de commerce pouvant ainsi se développer en marge du Code civil. Le législateur s'était rattrapé 4 ans plus tard en reconnaissant que les règles civiles sont applicables aux rapports commerciaux.

Le même scénario doit être répété dans la nouvelle version du Code civil à l'article 1105 du Code civil. Pour rendre la règle de conflit plus explicite, il faut nommer les règles avec

---

[1404] N. Balat, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *art. cit.*

[1405] O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article*, *op. cit.,* p. 67 ; J. Huet, « L'article 1105 nouveau du Code civil : modification suggérée », *art. cit.*, p. 168

[1406] J. Huet, « L'article 1105 nouveau du Code civil : modification suggérée », *RDC*, n° 01,2017, p. 168

lesquelles le droit commun des contrats peut entrer en conflit. C'est dans ce sens que M. Jérôme Huet a proposé de réécrire l'article 1105 comme suit : « Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux dans le présent code et tout autre code et loi. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières »[1407]. L'auteur propose ainsi de compléter l'alinéa 2 de l'article 1105 par la désignation « des règles particulières ». Celles-ci renverraient à la fois aux règles des contrats spéciaux et aux règles spéciales prévues dans d'autres codes. Il est possible même de rendre la règle encore plus explicite en précisant expressément le caractère subsidiaire du droit commun des contrats[1408].

En somme, pour une meilleure cohabitation entre le droit commun des contrats et les autres corps de règle, il faut rendre plus intelligible la règle de conflit de l'article 1105 du Code civil en précisant les règles qui peuvent entrer en conflit avec le droit commun, et le critère qui permet d'identifier le concours. Ces précisions ne peuvent avoir que des effets positifs.

2. Les effets de la réforme de la *specialia generalibus derogant*

La précision des contours de la règle de conflit entre le droit commun des contrats et les règles spéciales ne peut avoir que des conséquences positives en droit des contrats. Elle permettra de connaître les cas d'éviction du devoir général d'information ou ceux de son application subsidiaire en restaurant au passage la liberté contractuelle des parties.

266. L'application de la règle de conflit devient plus prévisible. La codification de l'un des termes suggérés permettra d'évincer ou d'appliquer de manière beaucoup plus simple le devoir général d'information en droit spécial. En effet, le devoir général d'information s'appliquerait dans les contrats spéciaux dès lors qu'il ne contredit pas une obligation spéciale d'information. Il suffira de rechercher l'existence ou non d'une incompatibilité entre les obligations d'information pour savoir comment les articuler.

À supposer que l'article 1105, alinéa 3, hormis un cas d'incompatibilité, dispose que les règles générales s'appliquent en droit spécial ; le dirigeant social sera toujours tenu de délivrer des informations sur la valeur à l'associé cédant. En effet, l'obligation d'information de droit commun et l'obligation spéciale d'information en droit des sociétés étant antinomiques, le droit

[1407] J. Huet, « L'article 1105 nouveau du Code civil : modification suggérée », *loc. cit.*, p. 168

[1408] N. Balat, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *art. cit.*

des sociétés évincera d'office les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. En revanche, sous le fondement du devoir général d'information, le distributeur pourra prétendre à des informations qui ne sont pas visées dans les dispositions de l'article R.330-1 du Code civil.

En outre, l'instauration d'un critère d'identification du conflit entre le droit commun des contrats et les droits spéciaux peut rendre le droit des contrats plus lisible. En effet, il n'est pas toujours aisé de rechercher dans quelle hypothèse une disposition générale peut s'appliquer en droit. La multiplication des dispositions régissant l'articulation ne facilite pas la compréhension des rapports existant entre le droit commun des contrats et le droit spécial. L'instauration d'un fait générateur d'articulation mettra fin aux dispositions spéciales prévoyant l'articulation ; ce qui garantira davantage la prévisibilité du droit commun des contrats, et par conséquent renforcera notre sécurité juridique, mais surtout participera à l'accroissement de la liberté contractuelle en matière d'obligation d'information précontractuelle[1409].

267. La règle des conflits reconnaît la liberté contractuelle des parties. L'état actuel de l'article 1105, alinéa 3 du Code civil, ne garantit aux parties ni la possibilité de cumuler le devoir général d'information avec une obligation spéciale d'information ni la possibilité d'opter pour une obligation d'information en cas de conflit. Mais, l'instauration d'un critère permettant de cerner les éventuels conflits entre les règles du droit commun des contrats et des obligations spéciales d'information permettra aux parties de solidifier leurs obligations spéciales d'information en y rajoutant les exigences de l'article 1112-1 du Code civil. Elle pourra également donner la possibilité aux futurs cocontractants d'opter soit pour le devoir général d'information soit pour une obligation spéciale d'information. D'ailleurs, il y a une partie de la doctrine qui estime que la meilleure manière de protéger le consentement des parties est de leur offrir une possibilité d'option lorsque deux dispositions différentes sont susceptibles de régir leur situation[1410].

En définitive, la finalisation de la solution législative permettra de savoir dans quel cas le devoir général d'information et les obligations spéciales d'information pourront s'articuler, mais surtout si elle participe à la restauration de la liberté contractuelle, inexistante dans la solution

[1409] N. Balat, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *art. cit.*

[1410] E. Claudel, « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (Commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) », *art. cit.,* p. 460 ; St. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* §312 ; Th. Douville (sous-dir.), « La réforme du droit des contrats : commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve », *art. cit.,* p.38

législative. Il faut toutefois relever que la règle de conflit prévue à l'article 1105, alinéa 3 du Code civil, n'est pas la seule règle susceptible de trancher les oppositions pouvant naître entre le droit commun des contrats et les droits spéciaux.

Section II : Les solutions concurrentes pour la résolution des conflits

La maxime *specialia generalibus derogant* n'est pas la seule solution au conflit de norme en droit privé ; il existe d'autres méthodes qui peuvent trancher également les difficultés d'articulation. Ainsi, pour une articulation sans difficulté entre les obligations d'information, il est possible de se référer à des solutions de conflit de lois existantes ailleurs. En l'espèce, il s'agit de s'interroger sur une éventuelle application des solutions de conflit de lois internes aux conflits des obligations d'information précontractuelle. Certaines obligations d'information étant de nature réglementaire, il est possible de s'interroger sur l'application du critère hiérarchique pour résoudre les conflits d'obligation d'information (§1). En outre, l'obligation d'information de droit commun étant nouvelle dans notre droit commun des contrats, l'application du critère chronologique pourrait résoudre les conflits de norme entre obligations d'information précontractuelle (§2).

§1 : Le critère hiérarchique

La référence à la hiérarchie des obligations d'information précontractuelle peut permettre de répondre aux difficultés d'articulation pouvant exister entre elles (A)[1411]. Mais, comme dans la solution posée à l'alinéa 3 de l'article 1105, le critère hiérarchique n'est pas une règle parfaite ; il a aussi des insuffisances (B).

A. La mise en œuvre du critère hiérarchique

Pour résoudre les conflits d'obligation d'information à l'aide du critère hiérarchique, il faut qu'un certain nombre de conditions soient réunies. La réunion de ces conditions permet d'écarter l'obligation d'information la moins importante dans la hiérarchie des normes.

[1411] N. Blanc, « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », in *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis*, *art. cit.*, p. 810 ; St. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* §342.

268. L'application du critère hiérarchique dans la résolution des conflits nécessite la réunion de certaines conditions. Il doit exister entre les dispositions de l'article 1112-1 du droit commun des contrats et celles des dispositions spéciales un rapport hiérarchique. Il faut que l'une des obligations d'information précontractuelle soit à un niveau normatif supérieur. En effet, lorsqu'une obligation d'information précontractuelle est prévue par un texte réglementaire et que sa concurrente est établie par une disposition législative, il y a rapport hiérarchique entre les deux obligations d'information, les textes réglementaires ayant une valeur normative inférieure à ceux de la loi.

Les obligations d'information étudiées jusqu'ici ont a priori toute une nature législative. L'application du critère hiérarchique en conflit entre ces textes s'avère donc impossible. Mais, il faut souligner que certaines obligations spéciales d'information sont précisées par des dispositions réglementaires. La loi ne prévoyant souvent que l'existence d'une obligation d'information précontractuelle, le contenu de celle-ci est défini par un texte réglementaire[1412]. Ainsi, cette situation peut amener à se demander s'il n'est pas possible de considérer ces dispositions comme ayant une valeur normative inférieure à celles de l'article 1112-1 du Code civil. Effectivement, toutes les obligations d'information ayant un contenu réglementaire peuvent être considérées comme étant hiérarchiquement inférieures à l'obligation d'information de droit commun qui a une nature purement législative depuis la ratification de l'ordonnance réformant le droit des contrats.

269. Les effets de l'application du critère hiérarchique. Si les conditions d'application du critère hiérarchique sont démontrées, l'obligation d'information précontractuelle ayant la plus grande valeur normative doit évincer l'obligation d'information ayant une valeur normative moins importante[1413]. Dès lors, en droit de la distribution, en cas de conflit portant sur le contenu de l'obligation d'information, l'obligation d'information de droit commun doit s'imposer aux dispositions de la loi Doubin dont le contenu est défini par un texte réglementaire, en l'occurrence l'article R.330-1 du Code de commerce. De même, en application du critère hiérarchique, l'obligation d'information de droit commun consumériste sera écartée en cas de concours sur le contenu de l'obligation d'information. Toutefois, il faut reconnaître que l'application du critère hiérarchique dans le cadre des conflits d'obligation d'information n'est pas évidente, car il comporte beaucoup d'insuffisances.

[1412] C'est le cas en droit de la distribution (R.330-3), en droit de la consommation (R.111-1), en droit des assurances (R.112-4).

[1413] Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.* §398.

A. Les insuffisances du critère hiérarchique

Comme la règle de conflit est prévue par les dispositions de l'article 1105, alinéa 2 du Code civil, le critère hiérarchique comme méthode de résolution des conflits d'obligation n'est pas sans insuffisance.

270. L'application du critère hiérarchique dans la résolution des conflits d'obligation d'information comporte beaucoup de difficultés. Il faut reconnaître qu'il serait difficile d'appliquer le critère hiérarchique dans les conflits d'obligation d'information précontractuelle[1414]. En matière d'obligation d'information, la méthode hiérarchique trouverait mieux sa place si les obligations spéciales n'avaient pas une nature hybride. En effet, même si les contenus de certaines obligations spéciales d'information sont définis par des textes réglementaires, ils ont quand même comme principal fondement la loi au même titre que le devoir général d'information[1415]. En outre, avec le critère hiérarchique, l'article 1112-1 du Code civil trouverait toujours une application du fait de son caractère législatif.

L'éviction de l'obligation d'information précontractuelle moins importante peut aussi nuire à la qualité de l'information. L'application récurrente du devoir général d'information peut conduire à la délivrance d'une multitude d'informations au créancier, et comme on l'a souligné plus haut[1416], l'excès d'information peut être un handicap à la qualité de l'information.

La dernière difficulté du critère hiérarchique est le risque de disparition des obligations spéciales d'information. En effet, avec la méthode hiérarchique, l'obligation d'information supérieure ignorerait les objectifs des obligations d'information inférieure. Le critère hiérarchique ne cherche pas à savoir si le devoir d'information qu'il évince est d'ordre exclusif ou protecteur.

Par ailleurs, l'obligation d'information de droit commun étant le fruit d'une ordonnance, il y a nécessairement des gênes réglementaires, ce qui remet en cause sa supériorité par rapport aux obligations d'information ayant un contenu réglementaire.

[1414] St. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* §41.

[1415] St. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, *ibid.,* §77.

[1416] *Supra* §52 et s.

En somme, il faut retenir que le critère hiérarchique peut être un très bon moyen pour répondre aux difficultés d'articulation des obligations d'information s'il y avait une nette hiérarchie entre celles-ci. Essayons à présent avec le critère chronologique.

§2 : Le critère chronologique

Les difficultés de la *specialia generalibus derogant* et du critère hiérarchique poussent à vérifier si des considérations chronologiques ne peuvent pas être prises en compte pour départager les obligations d'information précontractuelle (A). Mais, comme toute règle de conflit de norme, le critère chronologique a aussi des insuffisances (B).

A. La mise en œuvre du critère chronologique

Avant d'en venir aux effets qui peuvent découler de l'application du critère chronologique dans les conflits d'obligation d'information précontractuelle, il faut d'abord exposer ses conditions d'application.

271. L'application du critère chronologique dans la résolution des conflits nécessite la réunion de certaines conditions. Pour appliquer le critère chronologique dans la résolution des conflits d'obligation d'information, outre l'exigence d'une incompatibilité entre les obligations d'information, l'existence d'une chronologie dans leur entrée en vigueur est indispensable. La méthode chronologique suppose avant tout que l'une des obligations d'information soit plus ancienne. Ainsi, en cas de conflit, la méthode chronologique conclut à l'application de l'obligation d'information la plus récente. Celle-ci reflète la volonté la plus actuelle du législateur pour la protection des parties faibles dans les relations contractuelles.

Dans le cadre de notre étude, on constate que toutes les obligations d'information ne sont pas entrées en vigueur au même moment ; leur mise en place s'est faite de manière chronologique. La plus récente est l'obligation d'information de droit commun et la plus ancienne est l'obligation d'information du droit de la distribution.

272. Les effets de l'application du critère chronologique. En application du critère chronologique, l'obligation d'information précontractuelle la plus récente doit évincer l'obligation d'information la plus ancienne[1417]. Étant la norme la plus récente, le devoir général

[1417] Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.* §400

d'information doit ainsi s'appliquer chaque fois qu'il est fait état d'un conflit avec une obligation spéciale d'information[1418].

D'ailleurs, la Cour de cassation a appliqué, depuis l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats, au moins deux fois le critère chronologique dans d'autres domaines. En effet, dans un arrêt de la chambre mixte rendu le 24 février 2017[1419], la Cour s'était prononcée sur la nature de la nullité du contrat de mandat en cas de non-respect des prescriptions formelles de celui-ci. Avant la réforme, les manquements à ces prescriptions étaient sanctionnés par une nullité absolue. Mais dans cette affaire, la haute juridiction, en faisant application du critère hiérarchique, avait souligné « que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment l'objectif poursuivi par les dispositions relatives aux prescriptions formelles que doit respecter le mandat, lesquelles visent la seule protection du mandant dans ses rapports avec le mandataire ; que l'existence de dispositions protectrices du locataire, qui assurent un juste équilibre entre les intérêts de ce dernier et ceux du bailleur, et la finalité de protection du seul propriétaire des règles fixées par les articles 7, alinéa 1er, de la loi du 2 janvier 1970 et 72, alinéa 5, du décret du 20 juillet 1972 conduisent à modifier la jurisprudence et à décider que la méconnaissance des règles précitées doit être sanctionnée par une nullité relative »[1420].

La deuxième affaire jugée le 21 septembre 2017 portait sur la distinction entre l'offre et la promesse de contrat de travail. Avant la réforme, la jurisprudence sociale considérait « la promesse d'embauche » comme une promesse de contrat empêchant ainsi toute rétractation de l'employeur une fois la promesse émise[1421]. Pour renverser cette solution, la haute Cour fait application du critère chronologique. Elle a estimé que « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail ; [par conséquent], l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en

[1418] E. Claudel, « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (Commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) », *art. cit.* p. 460.

[1419] Cass., ch. mix., 24 février 2017, n° 15-20.411, D. 2017, p. 793, note B. Fauvarque-Cosson, et 1149, obs. N. Damas ; AJDI 2017. 612, obs. M. Thioye, et 2018, p. 11, étude H. Jégou, J. Quiroga-Galdo ; AJ Contrat 2017. 175, obs. D. Houtcieff ; RTD civ. 2017. 377, obs. H. Barbier.

[1420] Cass. 3e civ., 8 avril 2009, n° 07-21.610, Bull. 2009, III, n° 80.

[1421] Cass. soc., 12 juin 2014, n° 13-14.258, Bull. 2014, V, n° 138.

cas d'acceptation, constitue une offre de contrat de travail, qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire »[1422].

Le critère chronologique n'est donc pas une méthode de résolution de conflit inconnue, mais il faut quand même relever que dans le cadre des conflits d'obligation d'information, son applicabilité n'est pas sans difficulté.

B. Les insuffisances du critère chronologique

Malgré sa pertinence et son utilisation par la Cour de cassation depuis l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats, le critère chronologique a aussi des insuffisances.

273. L'application du critère chronologique dans la résolution des conflits d'obligation d'information comporte beaucoup de difficultés. Comme le critère hiérarchique, la méthode chronologique conduirait, à l'état actuel, à une application d'office des dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. Ce qui aura aussi pour principale conséquence la méconnaissance des objectifs poursuivis par le législateur dans les obligations spéciales d'information. Mme Goldie-Genicon estime que le critère chronologique ne s'applique que si la loi spéciale est postérieure à la loi générale[1423]. Elle explique que chaque fois que le législateur met en place une loi nouvelle spéciale incompatible avec une loi ancienne générale ; la loi nouvelle spéciale abroge la disposition générale. Or, tel n'est pas le cas lorsque l'ancienneté des normes s'inverse[1424]. La mise en place d'un nouveau devoir d'information générale ne doit pas condamner définitivement toutes les obligations spéciales d'information[1425].

En résumé, la méthode hiérarchique et la méthode chronologique peuvent permettre de répondre aux difficultés d'articulation des obligations d'information si leurs conditions sont remplies. Mais, comme pour la règle de conflit de l'alinéa 3 de l'article 1105 du Code civil, ces deux critères ont aussi des insuffisances.

[1422] Cass. soc. 21 septembre 2017, n° 16-20.103 et n° 16-20.104, D. 2017, p. 2289, note B. Bauduin, J. Dubarry, et 2007, note D. Mazeaud ; AJ Contrat 2017. 480, obs. C-E. Bucher ; RDT 2017. 715, obs. L. Bento de Carvalho ; RTD civ. 2017, p. 837, obs. H. Barbier.

[1423] Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *ibid.* §400

[1424] Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *loc. cit.*

[1425] Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *loc. cit.*

CONCLUSION DU CHAPITRE II

La réforme du droit des contrats a fait preuve de beaucoup de prévisibilité en consacrant définitivement la *specialia generalibus derogant* dans le Code civil. Même si le législateur ne le précise pas, l'application des dispositions de l'article 1105 nécessite que le devoir d'information en concurrence avec l'article 1112-1 ait la même finalité. Ils doivent protéger la même personne et le même intérêt. Les dispositions doivent aussi être incompatibles, ce qui veut dire que les parties ne doivent avoir ni la possibilité de les cumuler ni la possibilité d'opter pour l'une d'entre elles. Si ces conditions sont réunies, le devoir spécial d'information peut s'appliquer d'office en évinçant l'obligation générale d'information.

Toutefois, il faut relever que la maxime *specialia generalibus derogant* du droit commun des contrats comporte des difficultés. Le législateur ne précise nullement le critère d'identification du conflit pouvant conduire à son application. Aussi, le législateur ne précise pas avec clarté les règles pouvant entrer en conflit avec le droit commun des contrats. En outre, la *specialia generalibus derogant* ne prend pas en compte les objectifs poursuivis par le législateur et ne tient pas compte de la liberté contractuelle des parties. C'est pourquoi la solution posée par le législateur pour la résolution des conflits doit être réformée. Il faut en effet instaurer un critère d'identification des conflits entre le droit commun des contrats et les règles particulières. Cette précision rendra la règle de conflit plus prévisible et respectueuse de la liberté contractuelle.

L'insuffisance de la règle *specialia generalibus derogant* peut être résolue par d'autres solutions de conflits de norme. Il s'agit d'une part d'appliquer le devoir d'information ayant la plus grande valeur juridique au détriment de celui ayant une autorité juridique inférieure. D'autre part, le conflit d'articulation peut être résolu en privilégiant le devoir d'information précontractuelle le plus récente. Mais à l'instar de l'alinéa 3 de l'article 1105 du Code civil, ces deux méthodes ne sont pas à l'abri de toutes critiques. En effet, toutes les obligations d'information étudiées jusque-là sont prévues par des dispositions législatives. Certaines d'entre elles renvoient à des textes réglementaires pour l'établissement de leurs contenus. Quant au critère chronologique, il conduira toujours à l'application du devoir général d'information puisqu'il est le plus récent. Au regard de toutes ces difficultés, il est apparu comme impératif de redéfinir la solution posée à l'article 1105 du Code civil. L'instauration d'un fait générateur permettra de savoir dans quel cas le devoir général d'information peut être appliqué en droit spécial. Mais surtout, cela pourrait restaurer la liberté contractuelle et améliorer la prévisibilité du droit commun des contrats.

CONCLUSION DU TITRE II

L'articulation des obligations d'information de droit commun avec les obligations spéciales d'information montre que ces dernières peuvent dans certaines situations entrer en conflit.
En droit des contrats d'affaires, les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil s'opposent à l'obligation d'information en droit des sociétés où celle-ci oblige le dirigeant à renseigner le cessionnaire sur la valeur des titres cédés si ce dernier est un associé. En outre, en droit de la distribution, toutes les informations devant figurer dans le document d'information précontractuel ne seraient pas déterminantes alors qu'en droit commun, seules les informations déterminantes doivent être renseignées. Aussi, en droit des sociétés, il existerait des informations déterminantes qui seraient exclues de l'obligation d'information. En droit de la consommation, toutes les informations devant être fournies aux consommateurs ne seraient pas forcément déterminantes. En outre, en droit de la distribution, l'obligation d'information ne s'applique pas à tous les contrats de distribution alors qu'en se fondant sur le devoir général d'information, aucun contrat ne peut échapper à une obligation d'information précontractuelle. En droit des assurances, l'obligation d'information ne s'applique pas aussi à certains contrats comme les contrats de grands risques. En droit bancaire, l'obligation d'information ne peut bénéficier qu'aux personnes non averties alors qu'en application du devoir général d'information, toute personne peut bénéficier d'une obligation d'information, peu importe sa qualité. Sur le régime juridique, il faut noter que contrairement au devoir général d'information précontractuelle, le franchiseur pourrait s'affranchir d'une partie de son obligation d'information précontractuelle en droit de la distribution. Aussi, à la différence des dispositions du droit commun des contrats, l'obligation d'information précontractuelle en droit de la distribution est une loi de police contrairement à celle du droit commun des contrats. Par ailleurs, il existerait une nullité automatique en cas de manquement à l'obligation d'information du droit de la consommation à la différence du manquement de l'obligation générale d'information.
Dès lors, pour faire face à ces conflits, le législateur français a mis en place une règle de conflit, à savoir la *specialia generalibus derogant.* Pour qu'elle soit applicable, les obligations d'information précontractuelle en concours doivent protéger les mêmes personnes et les mêmes intérêts. Aussi, les obligations d'information précontractuelle en concours doivent être incompatibles. Si ces conditions sont réunies, l'obligation d'information de droit commun est évincée au profit de l'obligation spéciale d'information. Cette éviction du devoir général d'information au profit d'une obligation spéciale d'information interdit toute possibilité

d’option entre les deux règles. Toutefois, cette règle des conflits mise en place par le législateur comporte des lacunes. En effet, le législateur ne précise nullement le critère d’identification du conflit pouvant conduire à l’application de la *specialia generalibus derogant.* Aussi, la *specialia generalibus derogant* est statique. Elle ne prend pas en compte les objectifs poursuivis par le législateur et elle méconnaît la liberté contractuelle des parties. C’est pourquoi cette règle mise en place par le législateur doit être réformée en instaurant en son sein un critère d’identification des conflits entre le droit commun des contrats et les règles particulières. Par ailleurs, des solutions concurrentes de résolution des conflits d’obligation d’information sont envisageables comme le critère hiérarchique et le critère chronologique.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

L'articulation du devoir général d'information précontractuelle avec les obligations spéciales d'information se caractérise à la fois par des complémentarités et des conflits.

Avec l'instauration de l'article 1112-1 du Code civil, l'obligation d'information doit être respectée dans les contrats de transfert de propriété et dans les contrats d'ouvrage ou de service impliquant un professionnel et un consommateur. De même, la notion d'information déterminante peut prendre en compte des informations qui ne sont pas prévues par le législateur consumériste. En droit des assurances, outre le renforcement de l'obligation d'information de l'assureur et de l'assuré, il y a une extension de l'obligation d'information aux contrats d'assurance de grands risques et aux contrats d'assurance temporaires. En droit de la distribution, l'articulation des obligations d'information avec la loi Doubin permet de noter une extension de l'obligation d'information aux contrats de distribution dépourvus d'exclusivité ou de quasi-exclusivité et aux contrats de distribution de bière. De même, avec les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, le fournisseur a désormais l'obligation de délivrer les résultats des deux dernières années d'un point de vente comparable à celui envisagé par le distributeur, ou encore d'informer le distributeur sur les causes de la rupture de ses précédents contrats. En droit des sociétés, l'article 1112-1 du Code civil donne un socle plus intéressant à l'obligation d'information précontractuelle. C'est ainsi qu'il a pu être constaté que les *datas rooms* sont de plus en plus fournies avec les obligations d'information du droit commun des contrats. Aussi, les obligations d'information du droit commun des contrats rendent réciproque l'obligation d'information en droit des sociétés.

Aussi, en appliquant les obligations d'information du droit commun en droit spécial, il est possible d'observer que le distributeur professionnel est désormais présumé connaître l'information déterminante pour son consentement et qu'il doit s'informer lui-même lorsque le concept qui sera mis à sa disposition est novateur. En droit bancaire, l'application de l'article 1112-1 du Code civil permet d'affirmer que l'obligation de mise en garde ou encore de conseil ne profite pas à celui qui est jugé averti. En outre, comme en droit commun, le créancier de l'obligation spéciale d'information doit s'informer si sa confiance au débiteur est exagérée, si le contrat n'est pas un contrat de confiance ou encore s'il a des doutes sur le débiteur. En droit de la distribution, il faut souligner aussi qu'en application de l'article 1112-1 du Code civil, il incombe au distributeur de se renseigner sur la rentabilité économique de son projet.

Par ailleurs, l'articulation des obligations d'information de droit commun avec les obligations spéciales d'information permet de consolider le régime juridique de celles-ci. En effet, avec les

obligations d'information de droit commun, la preuve de l'existence des obligations spéciales d'information devient plus simple et les parties ne peuvent pas renverser sa charge. En outre, ce sont les modes de preuve du régime général des obligations qui s'appliquent dans les obligations spéciales d'information. Aussi, la force probante des moyens de preuve ne change pas dans les obligations spéciales d'information.

Du point de vue des sanctions, la nullité des obligations d'information du droit commun des contrats peut combler les vides juridiques dans les contrats de consommation. En droit des assurances, le silence des textes du code des assurances ne fait pas obstacle à la nullité du contrat si un assureur manque à son obligation d'information. En droit de la distribution, le non-respect de la loi Doubin ne peut plus être sanctionné automatiquement par la nullité du contrat de distribution, il faut nécessairement un vice du consentement. Sur la responsabilité civile, l'articulation des obligations d'information de droit commun avec les obligations spéciales d'information a permis de constater que ce sont les conditions classiques des dommages et intérêts qui s'appliquent à la fois en droit commun et en droit spécial. Ce qui fait que le préjudice réparable en cas de manquement à une obligation spéciale d'information est identique à celui d'une obligation générale d'information.

Toutefois, les rapports entre les obligations d'information de droit commun et les obligations spéciales d'information peuvent parfois entrer en conflit. En effet, il existerait un conflit d'obligation d'information sur la valeur en droit des sociétés. De même, toutes les informations devant figurer dans le document d'information précontractuel en droit de la distribution ne seraient pas déterminantes. En droit des sociétés, il existerait des informations déterminantes qui seraient exclues de l'obligation d'information. Aussi, l'étendue des informations à délivrer à l'assureur est strictement limitée. Par ailleurs, en droit de la distribution, il existerait un conflit d'obligation d'information dans les contrats de distribution sélective, dans les contrats de référencement, dans les contrats de distribution de bière ou encore dans les contrats ne consacrant pas l'existence d'un mandat d'intérêt commun. En droit des assurances, il existerait un conflit d'obligation d'information dans les contrats d'assurance de grands risques et dans les contrats d'assurance de courte durée. En droit de la consommation et en droit bancaire, il existerait un conflit d'obligation d'information *ratione personae*. Dans le domaine du régime juridique, il faut relever aussi que le franchiseur pourrait s'affranchir une partie de son obligation d'information précontractuelle en droit de la distribution. Aussi, l'obligation d'information précontractuelle en droit de la distribution est une loi de police, contrairement à celle du droit commun des contrats. En outre, il existerait une nullité automatique en cas de manquement à l'obligation d'information du droit de la consommation. Aussi, la violation de

l'obligation d'information sur le crédit à la consommation est sanctionnée par une déchéance des intérêts et une responsabilité de plein droit. Enfin, il ne peut pas y avoir de sanction pour fausse déclaration en l'absence de questions précises au souscripteur et en cas de nullité pour fausse déclaration intentionnelle ; seul l'assuré est tenu de restituer ses prestations.

Pour mettre fin à ces difficultés d'articulation, le législateur a donné pleinement pouvoir à l'adage *specialia generalibus derogant*. Ainsi, lorsque des devoirs d'information poursuivent le même objectif, mais qu'ils sont incompatibles, il revient à la lecture de l'article 1105 du Code civil d'appliquer l'obligation spéciale d'information. Mais la manière dont le législateur a consacré la maxime *specialia generalibus derogant* soulève plus de problèmes qu'elle en résout. En renvoyant aux dispositions du droit spécial pour réglementer l'articulation du droit commun avec le droit spécial d'information, l'adage *specialia generalibus derogant* semble méconnaître les objectifs poursuivis par le législateur des différentes obligations d'information et méconnaît également la liberté contractuelle. C'est pourquoi il faut recourir à d'autres solutions pour plus de prévisibilité dans l'articulation du droit commun avec le droit spécial. Il est possible ainsi de recourir à l'application du devoir d'information ayant plus d'autorité juridique ou de privilégier le devoir d'information le plus récent. Mais, au même titre que la solution posée à l'article 1105, les critères chronologiques et hiérarchiques sont nimbés de difficultés. Ainsi, l'instauration du terme « incompatibilité », ou « d'antinomie » dans la solution, éclaircirait plus sur la disposition applicable en cas de conflit et contribuerait également à la restauration de la liberté contractuelle.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, a redonné une seconde jeunesse à notre droit commun des contrats en consacrant un devoir d'information précontractuelle dans le Code civil. Les parties sont désormais tenues d'échanger mutuellement des informations avant de passer leur accord. Cette exigence est exprimée doublement dans le nouveau Code civil. En effet, il existe d'une part un devoir d'information explicite et un devoir d'information implicite. Le premier trouve son siège dans les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. La lettre de cet article pose clairement l'existence d'un devoir d'informer entre les parties. Pour qu'il puisse être exécuté, les parties doivent remplir certaines conditions. Il est fait obligation à la partie qui connaît une information de la livrer à l'autre partie. Mais, le créancier doit soit ignorer le fait, soit faire confiance à son futur cocontractant. En outre, l'information ne doit entrer dans le champ du devoir d'information que si elle a un lien direct et nécessaire avec le contenu ou la qualité des parties. Le débiteur de l'obligation d'informer doit connaître une information déterminante. Celle-ci doit ainsi être réelle et prévisible. En plus, l'information connue du débiteur doit exercer une influence sur le consentement du créancier. Mais ces exigences n'obligent pas pour autant le débiteur de se renseigner avant d'informer le créancier. Quant au créancier, il doit ignorer légitimement l'information déterminante ou faire confiance au débiteur. Mais, ces différentes conditions ne sont pas sans difficulté dans leur mise en œuvre. En effet, il existerait une contradiction entre ignorance légitime du créancier et confiance au débiteur. Pour contourner cette difficulté, seule l'ignorance doit être considérée comme un fait générateur de l'obligation d'information précontractuelle. Au-delà des conditions pesant sur les parties, l'exécution d'une obligation d'informer repose aussi sur des conditions tenant à l'information. Celle-ci doit être déterminante pour le consentement en ayant un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Autrement dit, l'information n'est déterminante que si elle touche à la cause ou à l'objet du contrat. L'information déterminante vise ainsi toute information se rapportant au but du contrat ou à la contrepartie. Pour ce qui est des informations déterminantes ayant trait à la qualité des parties, celles-ci concernent les données touchant à l'état des personnes ou l'aptitude d'une partie à fournir une prestation. Au même titre que les conditions pesant sur les parties, les conditions pesant sur l'information comportent aussi des insuffisances. En effet, toutes les informations que le législateur français présume de manière irréfragable comme étant déterminantes ne le sont pas

toujours. C'est pourquoi il serait mieux de laisser les parties définir elles-mêmes les informations déterminantes dans leur contrat. À défaut, il faut redéfinir la notion d'information déterminante en supprimant la présomption posée par le législateur. Il faut retenir aussi que l'esprit de l'article 1112-1 du Code civil impose aussi un devoir de s'informer. Ce dernier oblige le créancier à se renseigner lui-même sur les informations intéressant son consentement. Il exonère ainsi le débiteur de toute obligation d'information. C'est le cas lorsque l'information déterminante est accessible au créancier. De même, si le créancier a une confiance exagérée en son débiteur, il n'y a plus d'obligation d'information. En outre, si l'information porte sur la valeur, le débiteur n'est pas tenu de partager celle-ci avec le créancier.

La seconde facette du devoir d'information précontractuelle se déduit de l'interdiction de la dissimulation intentionnelle et de l'exigence de la bonne foi dans la phase précontractuelle. En consacrant la réticence dolosive sous l'étiquette de la dissimulation intentionnelle, le législateur français impose implicitement aux parties de s'éclairer mutuellement sur leur futur contrat. Cette obligation d'information est distincte de celle posée par les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil. Ici, le législateur exige une intention de tromper pour que le manquement à une obligation d'information soit constitué. Aussi, si cette obligation d'information porte sur une information déterminante, l'appréciation de celle-ci se fait différemment du devoir d'information explicite. En effet, dans la dissimulation intentionnelle, l'information déterminante s'apprécie par rapport aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné. Cette obligation d'information implicite peut renforcer considérablement l'intégrité du consentement des parties faibles en faisant par exemple entrer les motifs du contrat dans les informations à renseigner. En outre, cette obligation d'information implicite doit être respectée par le débiteur même si le créancier n'ignore pas légitimement l'information dissimulée. Mais, l'apport de cette obligation d'information doit être relativisé dans la mesure où ici c'est au créancier qu'il incombe de prouver, en plus de l'existence du devoir d'information, le caractère intentionnel de la dissimulation. En outre, l'extension de la bonne foi à la phase précontractuelle peut être considérée comme une augmentation des fondements de l'obligation d'information précontractuelle en droit commun des contrats. La bonne foi a toujours été considérée comme une source de l'obligation d'information précontractuelle. Son caractère transversal depuis la réforme du droit des contrats n'a fait que conforter cet attribut. D'ailleurs, dans certains cas, elle peut être plus intéressante que le devoir d'information de l'article 1112-1 du Code civil. Avec la bonne foi, il est possible de mettre sur la tête du débiteur une obligation de s'informer pour informer. Elle peut aussi conduire à fournir une information sur la valeur des prestations. Toutefois, au regard de la configuration de

l'article 1112-1 du Code civil, il faut nuancer l'apport positif de la bonne foi dans l'intégrité du consentement des parties puisque le devoir d'information est autonome aujourd'hui et que l'établissement de la mauvaise foi n'est pas du tout aisé.

Le législateur a défini également le régime des obligations d'information de droit commun. En étudiant les différentes obligations d'information de droit commun, on se rend compte qu'elles sont toutes d'ordre public. Dans les dispositions de l'article 1112-1 du Code civil, le caractère d'ordre public du devoir général d'information y est très clairement exprimé. Il est ainsi interdit aux parties de limiter ou d'exclure l'obligation d'information de leur relation contractuelle. Dans l'obligation d'information implicite tirée de la bonne foi, le législateur affirme expressément que celle-ci est d'ordre public. Dans la dissimulation intentionnelle, c'est la sanction par la nullité qui symbolise l'ordre public. Mais ce caractère d'ordre public des obligations d'information précontractuelle n'entraîne pas leur application immédiate aux contrats en cours. Toutefois, ce principe n'empêche pas le juge d'interpréter les anciens textes en se fondant sur les obligations d'information de droit commun. Aussi, le caractère d'ordre public ne permet pas au juge de relever d'office une obligation d'information précontractuelle. Dans le domaine international, le caractère d'ordre public des obligations d'information de droit commun ne signifie pas qu'elles sont des lois de police. Cependant, l'omniprésence de l'ordre public dans les obligations d'information de droit commun n'est pas absolue. L'ordre public n'empêche pas le bénéficiaire de l'information de renoncer librement à son droit à l'information. L'ordre public n'interdit pas non plus les parties d'intensifier leur obligation d'information. Les parties peuvent ainsi expliciter leur obligation d'information notamment, en définissant leurs informations déterminantes.

Le second volet du régime des obligations d'information de droit commun concerne la preuve et les sanctions. En ce qui concerne la charge de la preuve, il faut relever que s'il s'agit d'établir l'existence d'une obligation d'information, elle pèse sur le créancier. Quant à la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information précontractuelle, elle pèse sur le débiteur dans l'obligation d'information explicite, et sur le créancier dans les obligations d'information implicite. Sur l'objet de la preuve quant à l'existence d'une obligation d'information, il s'agit de prouver le caractère déterminant de l'information, la connaissance de l'information par le débiteur et l'ignorance de celle-ci par le créancier ou la confiance du créancier au débiteur dans l'obligation d'information explicite. Dans les obligations d'information implicite, l'objet de la preuve porte sur le caractère déterminant de l'information manquée et l'intention de tromper. Pour ce qui est de l'objet de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information, il se rapporte à la délivrance de l'information par le débiteur dans l'obligation d'information explicite, et il

porte sur l'absence de délivrance de l'information par le débiteur si l'on est devant une obligation d'information implicite. Mais, dans tous les cas, c'est la liberté de la preuve qui s'applique dans toutes les obligations d'information précontractuelle. Cette liberté probatoire permet ainsi aux parties de conclure des contrats sur la preuve. Par rapport aux sanctions des obligations d'information précontractuelle, elles peuvent être légales ou conventionnelles. Les sanctions légales sont l'allocation de dommages et intérêts et la nullité du contrat. Mais, pour que la responsabilité du débiteur puisse être mise en œuvre, il faut obligatoirement qu'il y ait un manquement à une obligation d'information. Le créancier doit subir un dommage. Il doit enfin y avoir un lien de causalité entre le manquement à l'obligation d'information et le dommage subi par le créancier. La réunion de ses conditions ouvre droit à une réparation portant sur la perte de chance. Quant à la nullité du contrat, il faut retenir que le seul manquement à une obligation d'information précontractuelle ne peut pas conduire à l'anéantissement du contrat. Il faut que le manquement conduise à un vice du consentement. Sur les sanctions conventionnelles, elles peuvent consister en une clause de force obligatoire de l'information ou en une clause de rétractation. La première oblige le débiteur d'une obligation d'information à exécuter l'information erronée qu'il a transmise au créancier. La seconde est une inspiration du droit de la rétractation qui est consacré dans certains contrats et son déclenchement permet d'anéantir le contrat sans passer par le juge.

Par ailleurs, étudier les obligations d'information de droit commun, c'est aussi appréhender leurs articulations avec les obligations spéciales d'information précontractuelle. En effet, en rapprochant les obligations d'information de droit commun, deux rapports se dégagent. D'une part, on peut constater que les textes du droit commun des contrats peuvent renforcer les obligations spéciales d'information et d'autre part, on peut relever que par moments les obligations d'information du droit commun peuvent entrer en conflit avec les obligations spéciales d'information.

Sur le premier point, il faut retenir que les obligations d'information de droit commun peuvent compléter l'étendue des obligations d'information et consolider leurs régimes juridiques. Les complémentarités entre les obligations d'information de droit commun et obligations d'information spéciales existent aussi bien sur le devoir d'informer que sur le devoir de s'informer. Avec les dispositions du Code civil, il y aurait une extension de l'obligation d'information aux contrats de distribution dépourvus d'exclusivité ou de quasi-exclusivité et aux contrats de distribution de bière. Aussi, en se fondant sur la notion d'information déterminante définie par l'article 1112-1 du Code civil, le fournisseur sera obligé de délivrer au créancier les résultats des deux dernières années d'un point de vente comparable à celui

envisagé par le distributeur. En droit des sociétés, l'obligation d'information aura un fondement textuel bien plus intéressant que le devoir de loyauté et les vices du consentement. De même, *les datas rooms* seront de plus en plus fournies en rendant, par ailleurs, réciproque l'obligation d'information en droit des sociétés. Dans les contrats de consommation, l'application des obligations d'information de droit commun permet d'étendre l'obligation d'information aux contrats de transfert de propriété, aux contrats d'ouvrage ou de service. En outre, les obligations d'information de droit commun peuvent contraindre le professionnel à renseigner des informations qui ne sont pas prévues par le Code de la consommation. En droit des assurances, l'obligation d'information de l'assureur et celle de l'assuré se renforceront. Les contrats de grands risques et de courte durée, exclus jusqu'à maintenant de l'obligation d'information du droit des assurances, feront désormais partie du champ d'application de l'obligation d'information précontractuelle. En outre, l'obligation de s'informer dans les obligations d'information spéciale sera renforcée. Grâce aux obligations d'information de droit commun, le distributeur professionnel sera présumé comme connaissant l'information déterminante pour son consentement et il devra aussi s'informer par lui-même lorsque le concept mis à sa disposition est novateur. En droit bancaire, le devoir de mise en garde ne bénéficiera pas qu'aux personnes non averties, l'obligation d'information sera pour tout monde. Aussi, les dispositions du droit commun des contrats obligeront le distributeur à se renseigner sur la rentabilité économique de son projet. En droit des sociétés, il n'y aura pas d'obligation d'information sur la valeur des titres sociaux entre associés. Enfin, avec les obligations d'information de droit commun, il n'y a pas d'obligation d'information sur les négociations parallèles.

Au-delà des complémentarités, le régime juridique des obligations spéciales d'information peut être consolidé par les obligations d'information de droit commun. En effet, en application des dispositions du droit commun des contrats, il appartient au créancier de prouver l'existence de l'obligation spéciale d'information. Une fois que l'existence de l'obligation spéciale d'information est établie par le créancier, il appartiendra au débiteur de prouver l'exécution de celle-ci comme en droit commun des contrats. Mais en cas de vice du consentement, la preuve de l'absence de celui-ci ne pèse pas sur le débiteur. En outre, il n'y a aucune différence entre les modes de preuve des obligations d'information de droit commun et celles des obligations spéciales d'information. Dans les deux cas, c'est la liberté de la preuve qui s'applique. Mais, la liberté de la preuve doit être relativisée dans les obligations spéciales d'information. En effet, il existe un formalisme *ad probationem* assez important dans l'exécution des obligations spéciales d'information. Par ailleurs, les sanctions des obligations d'information de droit commun peuvent s'appliquer en droit spécial en cas de manquement à une obligation spéciale

d'information. Les règles de la nullité et de la responsabilité civile consolident ainsi celles dégagées par la jurisprudence en droit spécial.

Enfin, les obligations d'information de droit commun peuvent entrer en conflit avec les obligations spéciales d'information. En droit des sociétés, le dirigeant social est tenu à une obligation d'information sur la valeur des titres cédés par un associé alors qu'en droit commun, il n'y a aucune obligation d'information précontractuelle sur la valeur qui peut peser sur le créancier. En droit de la distribution, toutes les informations devant être fournies au créancier ne sont pas toutes déterminantes, à l'opposé du contenu de l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil. En droit des assurances, il y aurait un conflit d'obligation d'information sur la valeur de la prestation entre le droit commun des contrats et le droit des assurances où le législateur oblige l'assureur à renseigner son souscripteur sur les avantages attendus du contrat en cas de réalisation du risque. Aussi, à la différence du devoir général d'information, l'assuré n'est pas tenu de renseigner spontanément l'assureur des informations que ce dernier ne lui a pas demandées. En outre, dans les droits spéciaux, certains contrats échappent à l'obligation d'information précontractuelle comme les contrats de distribution conclus avec un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. En droit des assurances, il n'y a aussi aucune obligation d'information dans les contrats de grands risques et ceux de courte durée. Or, en application du droit commun des contrats, l'obligation d'information précontractuelle existe dans toutes les relations contractuelles. Sur le régime juridique, les conflits des obligations d'information de droit commun avec les obligations spéciales d'information se situent du point de vue de la portée de l'ordre public. À la différence du droit commun des contrats, un créancier peut se soustraire à une partie de son obligation d'information précontractuelle. Dans le domaine des sanctions, la violation de l'obligation d'information sur le crédit à la consommation est sanctionnée par une déchéance des intérêts et une responsabilité de plein droit, ce qui est à l'opposé du droit commun des contrats. En droit des assurances, il ne peut pas y avoir de nullité pour fausse déclaration en l'absence de question précise posée au souscripteur. Aussi, en cas de nullité pour fausse déclaration intentionnelle, seul l'assuré est tenu de restituer ses prestations.

Dès lors pour faire face à ces conflits d'obligation d'information précontractuelle, le législateur français a mis en place une règle de conflit en l'occurrence la *specialia generalibus derogant*. Toutefois, l'application de cette règle nécessite la réunion de plusieurs conditions. Les obligations d'information en conflit doivent avoir la même finalité en protégeant les mêmes personnes et les mêmes intérêts. Les obligations d'information en conflit doivent être incompatibles. Si ces conditions sont constatées, l'obligation spéciale d'information évince

l'obligation générale d'information. Mais cette règle de conflit n'est pas parfaite ; elle a des insuffisances qui peuvent compliquer son application. En effet, la règle de conflit ne précise pas expressément le critère permettant d'identifier les conflits qu'elle entend résoudre. Aussi, le législateur ne précise pas avec clarté les règles pouvant entrer en conflit avec le droit commun des contrats. En outre, la *specialia generalibus derogant* ne prend pas en compte les objectifs poursuivis par le législateur et ne tient pas compte de la liberté contractuelle des parties. C'est pourquoi, afin de rendre cette règle de conflit plus performante, il faudrait définir un fait générateur du conflit. À défaut, des solutions concurrentes peuvent être empruntées pour mettre fin aux concours d'obligations d'information précontractuelle. Parmi ces méthodes concurrentielles, il y a la méthode hiérarchique qui prône l'application du devoir d'information ayant la plus grande valeur juridique au détriment de celui ayant une autorité juridique inférieure. Il y a aussi la méthode chronologique qui permet l'application de l'obligation d'information précontractuelle la plus récente en lieu et place de l'obligation d'information la plus ancienne. Mais, ces deux méthodes aussi ne sont pas parfaites. C'est pourquoi il est impératif de modifier les dispositions de l'article 1105 du Code civil en instaurant en son sein un fait générateur de conflits de normes.

BIBLIOGRAPHIE

I. *DICTIONNAIRES ET OUVRAGES GÉNÉRAUX*

ABRAVANEL-JOLLY (S.),

- *Droit des assurances*, 3e éd., ellipses, 2019

AILLAUD (M. B.),

- *Droit des obligations*, 13e éd, Bruylant, 2022

ANCEL (M-E), DEUMIER (P.), LAAZOUZI (M.),

- *Droit des contrats internationaux*, 2e éd., Sirey, 2019

ANCEL (P.),

- *Droit des obligations en 12 thèmes*, 3e éd., D., 2020

ANDREU (L.) et THOMASSIN (N.),

- *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6e éd., 2021

ASSELAIN (M.), VERCOUTERE (C.),

- *Droit des assurances*, RB, 2013

AYNES (L.), CROCQ (P.), AYNES (A.),

- *Droit des sûretés*, 15e éd., LGDJ, 2021

BACACHE-GIBEILI (M.),

- *Les Obligations : La responsabilité extracontractuelle,* in Traité de droit civil, T. 5, 4e éd. 2021

BARTHEZ (A-S), HOUTCIEFF (D.),

- *Les sûretés personnelles,* in Traité de droit civil, LGDJ, 2010

BATTEUR (A.),

- *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 10e éd., LGDJ, 2019

BAZIN-BEUST (D.)

- Droit de la consommation, 4e éd., Gualino, 2020

BEIGNIER (B.), BINET (J-R.),

- *Droit des personnes et de la famille*, 4e éd., LGDJ, 2019

BEIGNIER (B.), BEN HADJ YAHIA (S. B. H.),

- *Droit des assurances*, 4e éd., LGDJ, 2021

BENABENT (A),

- *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14e éd., LGDJ, 2021
- *Droit des obligations,* 19e éd., LGDJ, 2021
- *Droit des obligations*, 13e éd., LGDJ, 2012

BIGOT (J.), HEUZÉ (V.), AL.,

- *Le contrat d'assurance*, in Traité de droit des assurances, T. 3, 2e éd., LGDJ, 2014

BLAISE (J-B), DESGORCES (R.),

- *Droit des affaires : Commerçants, Concurrence, Distribution,* 11e éd., LGDJ, 2021

BONNARD (J.),

- *Droit des assurances,* 5e éd., 2016

BONNEAU (TH.),

- *Droit Bancaire,* 14e éd., LGDJ, 2021

BOURASSIN (M.), BRÉMOND (V.),

- *Droit des sûretés,* 7e éd., Sirey, 2019

BOURASSIN (M.),

- *Droit des obligations : la responsabilité extracontractuelle,* Archétype82, 2014

BRUN (PH),

- *Responsabilité civile extracontractuelle,* 5e éd. LexisNexis, 2018

BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.),

- *Droit Civil : Les obligations,* Sirey, 18e éd., 2022

BUY (FR.), LAMOUREUX (M.), RODA (J-C.),

- *Droit de la distribution*, 2e éd., LGDJ, 2019

CABRILLA*C* (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.), PETEL (PH).,

- *Droit des sûretés*, 10e éd., LexiNexis, 2015

CALAIS-AULOY (J.), TEMPLE (T.), DEPINCE (M.),

- *Droit de la consommation,* 10e éd., D., 2020

CHAGNY (M.), LOUIS PERDRIX (L.),

- *Droit des assurances*, 4e éd., LGDJ, 2018

COHET (FR.),

- *Le Contrat*, 2e éd., PUG, 2019

CORNU (G.),

- *Vocabulaire juridique*, 14e éd, Quadrige, PUF, 2021

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.),

- *Droit des sociétés,* 35e éd., LexisNexis, 2022

DE LAENDER (M-H),

- *Droit des contrats*, Archétype82, 2020

DELEBECQUE (PH), PANSIER (F-J.),

- *Droit des obligations : Contrats et quasi-contrat,* 8e éd., LexisNexis, 2018

DICTIONNAIRE,

- *Le grand Larousse, Illustré*, 2019

FABRE-MAGNAN (M.),

- *Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral,* PUF, 6e éd., 2021
- *Droit des obligations : Responsabilité civile et quasi-contrat,* PUF, 5e éd., 2020

FAGES (B.),

- *Droit des obligations,* LGDJ, 12e éd., 2022

FERRIER (D.), FERRIER (N.),

- *Droit de la distribution,* 9e éd. LexisNexis, 2020

FLOUR (J.), AUBERT (J-L.), SAVAUX (E.),

- *Droit civil : Les obligations, L'acte juridique,* 17e éd, Sirey, 2022

GAVALDA (C.), STOUFFLET (J.),

- *Droit bancaire,* 9ème éd, LexisNexis, 2015

GERMAIN (M.), MAGNIER (V.),

- *Droit des sociétés,* in Traité de droit des affaires, T.2, 22e éd., 2017

GHESTIN (J.), BARBIER (H.),

- *Introduction générale : Droit objectif et droit subjectif, Sources du droit,* T. 1, 5e éd., 2018
- *Introduction générale : Droit de la preuve, Abus de droit, fraude et apparence,* T. 2, 5e éd., 2018

GHESTIN (J.), LOISEAU (GR.), SERINET (Y-M.),

- *Formation du contrat : Le contrat – Le consentement,* in Traité de droit civil, T.1, 4e éd. LGDJ, 2013
- *La formation du contrat : L'objet et la cause – les nullités,* in Traité de droit civil, T2, 4e éd., LGDJ, 2013

HOUTCIEFF (D),

- *Droit des contrats*, 7e éd., Bruylant, 2022

HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.),

- *Les principaux contrats spéciaux,* in *Traité de droit civil*, 3e éd. LGDJ, 2012

JULIEN (J.),

- *Droit de la consommation,* 4e éd, LGDJ, 2022

JULIEN (J.),

- *Droit des obligations*, 5e éd., Bruylant, 2021

KENFACK (H.), RINGLER (S.),

- *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 2017

LACHIÈZE (C.),

- *Droit des contrats*, 5e éd., Ellipses, 2020

LARROUMET (C.), BROS (S.),

- *Les obligations : Le contrat,* in Traité de droit civil, T. 3, 10e éd., Economica, 2021

LASBORDES-DE VIRVILLE (V.),

- *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., Bruylant, 2021

LAURENT (N.), DELAUNAY (B.),

- *Bescherelle : La grammaire pour tous,* Hatier, 2017

LE GALLOU (C.)

- *Droit des sûretés,* Bruylant, 4e éd., 2021

PELISSIER (A.), (sous dir.),

- *Code des assurances : commenté*, 39e éd., L'Argus, 2022

MAINGAY (D.),

- *Contrats spéciaux*, 12e éd., D., 2020

MALAURIE (PH.), MORVAN (P.),

- *Introduction au droit*, Defrénois, 9e éd., 2022

MALAURIE (PH.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P-Y.),

- *Droit des contrats spéciaux,* 12e éd., LGDJ, 2022

MALAURIE (PH.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (PH.),

- *Droit des obligations,* 12e éd., LGDJ, 2022

MALAURIE-VIGNAL (M.),

- *Droit de la distribution*, 4e éd., Sirey, 2018

MALINVAUD (PH.), MEKKI (M.), SEUBE (J-B.),

- *Droit des obligations*, 16e éd., LexisNexis, 2021

MAYER (P.), HEUZE (V.), REMY (B.),

- *Droit international privé*, LGDJ, 12e éd., 2019

MENDOZA-CAMINADA (A.),

- *Droit de la distribution,* Montchrestion, 2011

MIGNOT (M.),

- *Droit des sûretés et de la publicité foncière,* 3e éd., LGDJ, 2017

NEAU-LEDUC (PH.), PÉRIN-DUREAU (A.), NEAU-LEDUC (C.),

- *Droit bancaire,* 6e éd. D., 2018

NIBOYET (M-L), DE LA PRADELLE (G. G.),

- *Droit international privé*, LGDJ, 7e éd., 2020

NICOLAS (V.),

- *Droit des contrats d'assurance,* Economica, 2012

NICOLAS (V.),

- *Droit des obligations : Le contrat,* Ellipse, 2017

PELLIER (J-D.),

- *Droit de la consommation,* 3e éd., D., 2021

PICOD (Y.), DAVO (H.),

- *Droit de la consommation,* 2e éd., Sirey, 2010

PICOD (Y.), PICOD (N.),

- *Droit de la consommation,* 5e éd, Sirey, 2020

PIÉDELIÈVRE (ST.),

- *Droit de la consommation,* 3e éd, Economica, 2020

PIÉDELIÈVRE (ST.),

- *Droit des sûretés,* 3e éd., ellipses, 2022

PORCHY-SIMON (ST.),

- *Droit Les obligations,* 15e éd., D., 2021

POUMAREDE (M.),

- *Droit des obligations*, 3e éd., LGDJ, 2014

RABU (G.),

- *Droit des obligation*, 2e, éd., Ellipses, 2019

RAYMOND (G.),

- *Droit de la consommation*, 5e éd., LexisNexis, 2019

REY (A.) (sous dir.),

- *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert, 2016,

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N), DE VINCELLES (C. A.), BRUNAUX (G.), USUNIER (L.),

- *Les Contrats de Consommation, Règles communes,* in Traité de Droit Civil, 2è éd., LGDJ, 2018

SÉRIAUX (A.),

- *Manuel du Droit des obligations,* 4e éd., PUF, 2020

SILIM (A.), (sous dir.),

- Lexique d'économie, 15e éd. *D*. 2018

TCHENDJOU (M.),

- *Droit des obligations,* Vuibert, 2015

TERRE (FR.), FENOUILLET (D.),

- *Droit civil : Les personnes*, 8e éd., D., 2012

TERRE (FR.), SIMLER (PH.), LEQUETTE (Y.), CHENEDE (F.),

- *Droit civil : Les obligations*, 12e éd., D., 2022

TERRE (FR.), SIMLER (PH.), LEQUETTE (Y.)

- Droit civil : Les obligations, 10e éd., 2009

TEYSSIE (B.)

- *Droit des personnes*, 22e éd., LexisNexis, 2020

VINEY (G.), JOURDAIN (P.), CARVAL (S.),

- *Les conditions de la responsabilité*, in Traité de droit civil, 4e éd., LGDJ, 2013

VOGEL (L.) ; VOGEL (J.),

- *Droit de la consommation,* in *Traité de droit économique*, T. 3, 2e éd., Bruylant, 2020

VOGEL (L.),

- *Du Droit commercial au Droit économique*, in *Traité de droit des affaires*, T. 1, 21è éd., LGDJ, 2020

ZENATI-CASTAING (FR.), REVET (TH.),

- *Cours de droit civil : Contrats : Théorie général – Quasi-contrats*, PUF, 2014

II. OUVRAGES SPÉCIAUX ET THÈSES

ALA'ELDIN (A.),

- *L'obligation d'information dans les contrats informatiques,* th. Reims champagne, 2008

ALBARIAN (A.),

- *De la perte de confiance légitime en droit contractuel : essai d'une théorie,* préf. J. Mestre, mare & martin, 2012

ANCEL (FR.), FAUVARQUE-COSSON (B.),

- *Le nouveau droit des contrats : guide bilingue à l'usage des praticiens*, LGDJ, 2019

ASSAF (G.)

- *Cession de droits sociaux et droit des contrats : apports réciproques*, préf. E. Lamazerolles, LGDJ, 2017

BENSOUSSAN (H.),

- *Le droit de la franchise*, Editions Apogée, 1997

BERENGER (F.),

- Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit de la spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ? préf. C. Atias, PUAM, 2007

BINOIS (F.),

- *Consensualisme et formalisme à l'épreuve de l'électronique : Etude de droit civil,* préf. Fr. Labarthe, PUAM, 2021

BOYER (Y.),

- *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat*, préf. Y. Lobin, PUAM, 1978

BRUNAUX (G.),

- *Le contrat à distance au XXI^e^ siècle,* préf. N. Sauphanor-Brouillaud, LGDJ, 2010, § 576 et s.

BUSSY-DUNAUD (F.),

- *Les concours d'action en justice entre les mêmes parties : l'étendue de la faculté du plaideur*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1988

CHANTEPIE (G.), LATINA (M.),

- *La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil,* D. 2018

CAYOL (A.)

- *Contrat d'ouvrage,* préf., Th. Revêt, Iris, 2013, §15 et s.

CHANTEPIE (G.),

- *La lésion,* préf. G. Viney, LGDJ, 2006

CHENEDE (FR.)

- *Le nouveau droit des obligations et des contrats : Consolidations – innovations – perspective,* 2^e^ éd., 2018

DEJEAN DE LA BÂTIE (N.)

- *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préf. H. Mazeaud, LGDJ, 1965

DESHAYES (O.), GENICON (TH.), LAITHIER (Y-M.),

- *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, commentaire article par article,* 2e éd., LexisNexis, 2018

DIALLO (A.),

- *La confidentialité dans les rapports contractuels*, th. Aix-en-provence, 2023

DIAS (CL.),

- *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps,* préf., I. Urbain-Parléani, PUAM, 2014

El GHARBI (M.),

- *L'obligation d'information dans les contrats,* Presses universitaires du Septentrion, 1997

FABRE-MAGNAN (M.),

- *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie,* préf. J. Ghestin, LGDJ, 1992

FIL (P.),

- *L'obligation d'information et de conseil en matière d'assurance,* PUAM, 1996

GARINOT (J-M.),

- *Le secret des affaires*, préf. E. Loquin, LexisNexis, 2013

GHESTIN (J.),

- *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, préf. J. Boulanger, LGDJ, 2014

GODELAIN (S.),

- *La capacité dans les contrats*, préf. M. Fabre-Magnan et A. Supiot, LGDJ, 2013

GOLDIN-GENICON (CH.),

- *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* préf. Y. Lequettte, LGDJ, 2009

GRIMALDI (C.), MÉRESSE (S.), ZAKHAROVA-RENAUD (O.)

- *Droit de la franchise,* LexisNexis, 2017

GRUA (F.),

- *Les contrats de base de la pratique bancaire,* Litec, 2000

GUELFUCCI-THIBIERGE (C.),

- *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1992

HEINICH (J.),

- *Le droit face à l'imprévisibilité du fait,* préf. J. Mestre, PUAM, 2015

KHOURY (H.),

- *L'information et le conseil dus au preneur d'assurance,* th. Aix, 2010

LICARI (F-X),

- *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand,* préf. Cl. Witz, Litec, 2002

MAHI-DISDET (DJ),

- *L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique,* th. Avignon, 2011

MARCELLIN (S.), DU MANOIR DE JUAYE (TH.),

- *Le secret d'affaires,* LexisNexis, 2016

MAUCLAIR (ST.),

- *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, préf. T. Azzi, 2012

MAYMONT (A.),

- *La liberté contractuelle du banquier : réflexions sur la sécurité du système financier,* préf. D. Legeais, LGDJ, 2014

OERTEL (R. R.),

- *Le contrat international de distribution : concession et franchise, comparaison France-Brésil*, préf. J. Bauerreis, Bruylant, 2016

PERRIN (J.),

- *À la recherche des fondements de la valeur économique et de la richesse,* Editions de la Campus Ouvert, 2017

RIPERT (G.),

- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4e éd., 1949

ROLAND (H.) et BOYER (L.),

- *Locutions latines et adages du droit français contemporain,* T. 2, Adages, L'Hermès, 1978

RZEPECKI (N.)

- *Droit de la consommation et théorie générale des contrats,* pref. G. Wiederkehr, PUAM, 2002

SERANDOUR (I.)

- *La cause dans la délégation,* préf., Th. Revêt, Iris, 2014, §11

SINTEZ (C.),

- *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile : contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effets des normes*, D., préf. C. Thibierge, 2011

TISSEYRE (S.),

- *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit Européen*, pref. M. Fabre-Magan, PUAM, 2012

VARNAV (M.),

- *La gestion des risques juridiques bancaires : étude appliquée aux obligations d'information, de mise en garde et de conseil,* thèse Paris I, 2014

VERGÈS (E.), VIAL (G.) LECLERC (O.),

- *Droit de la preuve*, PUF, 2015

VOGEL (L.) (SOUS DIR),

- « *La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats : États-Unis, Union européenne, France, Allemagne, Italie* », Éd. Panthéon Assas, 2011

VOGEL (L.) ; VOGEL (J.),

- *Les fondamentaux du droit de la distribution*, Bruylant, 2020

VOGEL (L.) ; VOGEL (J.),

- *Droit de la distribution exclusive*, Bruylant, 2016

VOGEL (L.) ; VOGEL (J.),

- *Droit de la distribution sélective*, Bruylant, 2016

VOGEL (L.) ; VOGEL (J.),

- *Droit de la franchise*, Bruylant, 2020

III. <u>RÉPERTOIRES ET OUVRAGES PRATIQUES</u>

BIGOT (R.), CAYOL (A.), (sous dir.),

- Le droit des assurances en tableaux, préf. D. Noguéro, ellipses, 2020

BLOCH (C.), GIUDICELLI (A.),

- « Préjudice », in Ph. Le Tourneau (sous la dir), *Droit de la responsabilité et des contrats*, D., 2014

BOERINGER (CH-H.), TROCHON (J-Y.), ATHLAN (L.), AL.,

- *Les conflits d'intérêts dans l'entreprise : identifier, prévenir et gérer les conflits d'intérêts*, LexisNexis, 2016, §53

CAILLÉ (C.),

- « Droit commun de l'échange », *Rép. Civ.,* 2015

CATALDO (A.), PÜTZ (A.), (SOUS-DIR.),

- *De quoi le contrat est-il le nom : application et tendances récentes du droit des contrats,* Anthemis, 2017

CHAUVEL (P.),

- « Dol », *Rép. civ.* D. 2017

COUILBAULT (FR.), COUILBAULT-DI TOMMASO (ST.), HUBERTY (V.),

- *Les grands principes de l'assurance*, 11e éd., L'argus, 2013, p. 97 et s

DISSAUX (N.),

- « Centrales et groupements d'achat et de référencement : Relations externes », *Rép. com*., 2016

DISSAUX (N.), JAMIN (C.)

- *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, D. 2015, p.24

ERESEO (N.),

- « La clause d'exclusivité », *JCl Concurrence–Consommation,* Fasc. 635, avril 2016

GOUACHE (J-B), BEHAR-TOUCHAIS (M.),

- « La création du réseau de franchise : Conclusion des contrats de franchise », Fasc. 316-4*, JCl Commercial*, 2019

GRIMALDI (C.),

- *Leçons pratiques de droit des contrats,* 2e éd., LGDJ, 2022

LATINA (M),

- « Contrat : généralités », *Rép. civ*. D. 2017

LE TOURNEAU (PH.), KRAJESKI (D),

- « Contrat intuitu personae », *JCl. Contr. Distr.,* fasc. 200, Juillet 2012

LE TOURNEAU (PH.), POUMARÈDE (M.),

- « Bonne foi », *Rép. civ.* D. 2017

LEGEAIS (D.),

- « Responsabilité du banquier fournisseur de crédit », *JCl. Commercial,* fasc. 346, 2015

LELOUP (J-M.),

- *La franchise, droit et pratique,* Delmas, 4e éd., 2004

MERCADAL (B.),

- *Mémento droit commercial*, 26e éd., Francis Lefebvre, 2018
- *La réforme du droit des contrats*, Francis lefebvre, 2016
- *Mémento, Droit commercial*, Francis Lefebvre, 2023

MOURALIS (J-L),

- « Preuve : règles de preuve », *Rép. civ.* D. 2017

MOUSSERON (J. M.), MOUSSERON (P.), RAYNARD (J.), SEUBE (J-B.),

- *Technique contractuelle*, 5e éd., Francis Lefebvre, 2017

PARISOT (V.),

- Le Droit international privé en schémas, ellispses, 2017

ROUTIER (R.),

- *Obligations et responsabilités du banquier*, D., 2017

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.),

- « Information des consommateurs : Règles communes à l'obligation d'information précontractuelle et à l'information sur les prix *», JCl Concurrence – Consommation*, Fasc. 845, 2020

SIGUOIRT (L.),

- « Preuve des obligations : Admissibilité des modes de preuve, Impossibilité de la preuve écrite », Fasc. 154-3, *JCl Notarial Répertoire*, 2018

SIMON (F-L.)

- *Théorie et Pratique du droit de la franchise,* Joly, 2009

TESTU (F. X.)

- « Contrats d'affaires », Dalloz Référence, 2010, §12.28

VOGEL (L.) ; VOGEL (J.),

- *Droit économique en 500 conseils : Concurrence Distribution Consommation*, Bruylant, 2020

IV. ARTICLES ET CHRONIQUES

ABRAVANEL-JOLLY (J.),

- « Les sanctions de l'obligation d'information en droit des assurances », Acte du colloque l'information en assurances, *RGDA*, 2007, p.483

ABOUCAYA (L.),

- « Les évolutions du droit de la preuve : perspective historique », *RLDI*, n° 52, 2009

AGABAYISSAH (S.), JULIEN (F.),

- « Banquier dispensateur de crédit, emprunteurs non avertis et devoir de conseil », in *Mél. en l'honneur de Jean-jacques Daigre*, Joly, 2017, p. 379

ALMASAN (A.),

- « *Les pourparlers en droit civil roumain »,* in Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain, M. Behar-Touchais (sous-dir.), Iris, 2016, p. 11

AMRANI-MEKKI (S.)

- « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Defrénois* 2002, art. 37505.

ANCEL (P.),

- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.,* 1999, p. 785

ANSAULT (J-J.), SWINBURNE (D.),

- « Réforme du droit des contrats. Premières réflexions sur les évolutions des opérations de fusion-acquisition », *JCP E*, n° 21, 26 Mai 2016, p. 1307

ANTOINE HONTEBEYRIE (AN.),

- « Article 1171 contre article L. 442-6, I, 2, la prescription dans la balance », *D*. 2016, p. 2180.

ATTUEL-MENDES (L.),

- « Protection générale et spéciale du consentement en matière de vente d'immeuble à construire », *RDI*, 2007, p. 379

AUBERT (J-L.),

- « Le formalisme », *Défrénois*, 2000, n° 15-16, p. 931

AUBERT DE VINCELLES (C.)

- « *La validité du contrat : Dol, erreur et obligation d'information* », in, La réécriture du Code civil : Le français des contrats après la réforme de 2016, J. Cartwrigth, B. Fauvarque-Cosson, S. Whittaker, (sous-dir.), *Société de Législation Comparée*, 2018, p. 79

AUBRY (H.),

- « La protection de la partie faible », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires*, F. Barbière (dir.), *Lexisnixi*s, 2017, p. 32

AUQUE (F.),

- « Ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats : impact sur les baux commerciaux », *AJDI*, 2018, p. 497

AYNÈS (N.), CLÉDAT (X.),

- « Les obligations d'information à la charge des prestations de services d'investissement en matière de produit dérivés », in *Alain Gourio et Jean-jacques Daigre (dir)., RDBF,* Mél. AEDBF-France VI, RB, 2013

BAKOUCHE (D.),

- « La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident », *JCP G,* 2012, n° 29, p. 851

BALAT (N.)

- « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? » *D*. 2015, p. 699
- « Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ? », *D*. 2018, p. 2099
- « Observations sur la bonne foi en droit des contrats à la veille de la réforme », *RD d'Assas*, 2016, n° 12, p. 59

BANDRAC (M.),

- « L'obligation de renseignement du banquier créancier envers la caution lors de la signature du cautionnement », *RTD Civ.,* 1992, p. 605

BARBIER (H.),

- « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD Civ*. 2016 p. 247

BARBIÈRE (F.), BINE (P.), DIAZ (O.),

- « Les acquisitions de sociétés à l'aune de la réforme du droit des contrats », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires,* F. Barbière (dir.), *Lexisnixis,* 2017*,* p. 153

BAREÏT (N.),

- « Le dernier mot. À propos de la nouvelle rédaction de l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance du 10 février 2016 », *RDC,* 2018, p. 470

BARRY (N.),

- « L'obligation précontractuelle de renseignement en droit anglais », in *Le contrat aujourd'hui : comparaison franco-anglaise,* D. Tallon, D. Harris (sous dir.), *LGDJ*, 1987, p. 185

BAZIN (E.),

- « Le droit de repentir en droit de la consommation », *D.* 2008, p. 3028

BEHAR-TOUCHAIS (M.),

- « Rapport introductif » in *Information, mise en garde, compétence, etc. Toujours plus d'informations à la charge du professionnel,* colloque ; Paris, 2011, *RDC,* 2012, p. 1041
- « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP G,* 2016, n° 14, p. 391
- « Le contrôle de la lésion en droit commercial, avec l'interdiction de l'avantage disproportionné », *RDC* 2019, n° 116j3, p. 41

BENABENT (A.),

- « Application dans le temps de la loi de ratification de la réforme des contrats (article 16 de la loi du 20 avril 2018 », *D*. 2018, p. 1024, spéc. nº 6

BERTRAND (P.),

- « Réforme du droit des contrats : quel impact sur le contrat d'assurance ? » *D*. 2016, p. 1156

BIGOT (J.),

- « L'ordonnance et la réassurance », *RGDA,* n° 12, p. 651
- « L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, des obligations et de leur preuve et le contrat d'assurance », *JCP*, 2016, doctr. p. 833

BLANC (G.),

- « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », *D*, 1993, p. 218

BLANC (N.),

- « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? » in Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis », *RDC*, n° 03, 2015, p. 810
- « Le juge et les standards juridiques », *RDC*, 2016, p. 394

BOBBI (N.),

- « Des critères pour résoudre les antinomies », in *Les antinomies en droit, Bruylant,* Ch. Perelman, (sous dir.), *Dialectica,* Vol. 18, Issue 1-4, 1964

BOFFA (R.),

- « Obligation d'information », in *Dictionnaire du contrat,* D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc, (sous-dir.), *LGDJ,* 2018, p. 771
- « La validité du contrat », *Gaz. Pal.* 2015, p.18, n° 5

BOFFA (R.), MEKKI (M.),

- « Droit des contrats », *D*. 2021, p. 310

BORGHETTI (J-S.),

- « La perte de chance, Rapport introductif », *in* O. Sabard (*dir*.), *La perte de chance*, *LPA*, 2013, p. 3

BOUND (G.),

- « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier entre droit administratif », in *Les antinomies en droit*, *Bruylant,* Ch. Perelman, (sous dir*.), Dialectica,* Vol. 18, Issue 1-4, 1964

BOURDELOIS (B.),

- « Réflexions sur le traitement des relations précontractuelles en droit international privé », in *Mél. Philippe Malaurie*, *Defrenois*, 2005, p. 107

BRAULT (CH-E.),

- « La réforme du droit des obligations : pour une ratification sans bouleversement », *Gaz. Pal.,* 2017, n° 40, p. 49

BROS (S.),

- « Les standards dans la réforme du droit des contrats, entre tradition et innovation », in *Les innovation de la réforme du droit des contrats,* S. Bros (sous-dir.), *Institut Universitaire Varenne*, 2018, p.34
- « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *D*. 2016, p. 29

BURST (J. J)

- *in* Journées d'actualité du droit de l'entreprise, *Litec*, 1973, p. 54

BUY (F.),

- « De quelques conflits de lois internes en droit des affaires », *D*. 2019, p. 2257
- « Rupture brutale des relations commerciales établies : panorama 2017 », R*RLD,* nº 155, 2018, p. 13
- « La sanction de la lésion dans les relations commerciales », *D*., 2014, p. 1333

CABRILLAC (R.)

- « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », *JCP G* 2008, I, n° 190

CAFFIN-MOI (M.),

- « Dol dans la formation du contrat : la question délicate du préjudice réparable », *D*. 2012. p. 2772
- « Les vices du consentement », *in* Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats, Actes prat. ing. sociétaire 147/2016, p. 5, spéc. nº 240

CALAIS-AULOY (J.),

- « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.,* 1994, p. 239

CAPDEVILLE (J. L.),

- « Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire, étude prospective », *JCP E*, n° 29, 2016, p. 1434

CARTWRIGHT (J.),

- « Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats », *RDC* 2015, p. 691

CASEY (J.),

- « Le dol ou l'illusion contractualiste dans la remise en cause de la prestation compensatoire », *AJ fam.* 2018, p. 95

CATALA (P.),

- « Au-delà du bicentenaire », in *faut-il réformer le titre III du Livre III du code civil* ?, *RDC*, 2004, p. 1145, s. spéc. p. 1150

CATTALANO-CLOAREC (G.),

- « Obligation d'information et réticence dolosive : une obscure clarté ? », in M. Latina (sous-dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, D., 2017, p. 39

CAUSSAIN (J-J.),

- « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit français », *Gaz. Pal.*, 2000, n° 340, p. 66

CHAGNY (M.),

- « Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats », *RTD com*., 2016, p. 451

CHANTEPIE (G.)

- « La lésion, entre désir et déni », *AJ contrat*, 2018, p. 104 ;
- « L'égalité en droit de la distribution », in *L'égalité en Droit des obligations*, M. Latina, P. Oudot, (sous-dir), *LeseditionsOVODIA,* 2015, p. 137

CHANTEPIE (G.), LATINA (M.)

- « avant-propos » in *Le renouveau du droit des obligations : perspectives franco-japonaises*, G. Chantepie, M. Latina, A. Ohsawa (sous-dir), *L'Harmattan,* 2020, p. 18

CHÉNEDÉ (FR.),

- « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », *AJ contrat* 2018, p. 25
- « La cause est morte… vive la cause » ?, *Contrats, conc. Consom*, n° 5, 2016, dossier, p. 4
- « La réforme du droit des obligations et le dialogue des chambres : vers de justes compromis ? », *AJ contrats* 2018, p. 25

CHONÉ-GRIMALDI (A-S.),

- in « La réforme du droit des contrats : commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve », Th. Douville (sous-dir.), *Gualino,* 2016, p. 52

CITTADINI (J.), BAILLY (FR.),

- « La réforme du droit des contrats : quelques applications pratiques », *Option Finance*, n° 1389, 2016

CLAUDEL (E.),

- « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (Commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) », *RTD com*., 2016, p. 460

COIRATON-MAVRÉ (M.), PONS (L.),

- « Opérations de cession-acquisition et réforme du droit des obligations : quelques perspectives d'avenir », *Journal des sociétés,* n° 144, 2016

CORNILLE (P.),

- « Précisions bienvenues sur le délai de rétractation du consommateur pour les contrats conclus "hors établissement" », *Constr.-Urb.,* 2015, n° 29

G. CORNU,

- « La résolution de la vente pour retard de la livraison dans un contrat de confiance », *RTD, Civ.* 1978

COURET (A.), REYGROBELLET (A.),

- « Le droit des sociétés menacé par le nouvel article 1161 du code civil ? », *D.* 2016, p. 1867

COUTURIER (G.)

- « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une veille notion neuve », in *études offertes à Jacques Flour*, Defrénois, 1979, p. 99, §4

CRESSARD (B.),

- « Contrat de franchise et bonne foi », *AJ contrat,* 2017, p. 163

DANJAUME (G.),

- « La responsabilité du fait de l'information », *JCP G*, n° 1, 1996, doctr. p. 3895

DE KONDSEROVKY (S.),

- « L'impact de la réforme du droit des contrats sur les opérations de fusions-acquisitions », *RDBF*, n° 4, 2016, étude, p. 19

DE VINCELLES (C. A.), SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.),

- « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D*., 2014 p. 879

DENIZOT (AU.),

- « La réticence dolosive avant 1958 », *RTD civ.,* 2015, p. 765

DESHAYES (O.) GENICON (TH.), LAITHIER (Y-M.),

- « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 », *JCP G.,* n° 18, 2018, doctr. p. 529

DESHAYES (O.),

- « Perte de chance et responsabilité précontractuelle », in O. Sabard (*dir*.), *La perte de chance*, *LPA*, 2013, p. 34
- « La formation du contrat », *RDC* 2016, n° hors-série, p. 21 et s

DETRAZ (ST.),

- « Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation », *Contrats, conc. Consom*, 2004, p. 7

DISSAUX (N.),

- « L'obligation d'information mise à la charge du franchiseur », in Information, mise en garde, compétence, etc. Toujours plus d'informations à la charge du professionnel, colloque ; Paris, 2011, *RDC* 2012, n° 3, p. 1072
- « La réforme du droit des contrats : de l'ordonnance du 10 février 2016 à la loi de ratification du 20 avril 2018 », *AJDI*, 2019. p. 336
- « Pauvre 'loi Doubin'… » *JCP E,* n° 16-17, 2016, p. 1235
- « Le document d'information contractuel », suppl. *RLDA* 2012/73, 2012, n° 4177

DONDERO (BR.), HAUSMANN (C.),

- « Les data rooms : une pratique vue sous un angle théorique », *Dr. et. Patri.. ,* nº 175, 2008

DUPICHOT (P.),

- « Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC,* 2013, p. 387, spéc. n° 2.

DUPONT (N.),

- « Les obligations légales d'information à la charge des professionnels : intérêts et limites », in *Protection des consommateurs : les nouveaux enjeux du consumérisme,* D. Roux, L. Nabec (coord.), *ems mangement et société*, 2016, p. 79

DUTTO (V.),

- « De quelques réflexions concernant l'appréhension du droit de la franchise à la lumière de la réforme du droit des contrats », *AJ contrat*, 2017, p. 159

EID (I.)

- « Les enjeux de la réforme du code civil et ses innovations », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 245

FABRE (H.),

- « Dol, réticence dolosive et devoir d'information dans les cessions de droits sociaux », *JCP N*, n° 48, 2017, p. 1327

FABRE-MAGNAN (M.),

- « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G*, n° 25, 2016, p. 706
- « Réforme du droit des contrats : "Un très bon projet", *JCP G*, n° 43, 2008, doctr. p. 199
- « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC*, 2015, n° 03, p. 639

FAGES (B.),

- « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *Bull. Joly Sté.*, 2016 - n° 09, p. 529
- « La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification du 20 avril 2018 », *RDC* 2018, Hors-série, p. 15

FAURE-ABBAD (M.),

- « L'impact des règles de conclusion des contrats », in *L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction et de l'immobilier*, *RDI* 2016 p. 316

FENOUILLET (D.),

- « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *RDC* 2009, p. 279

FERRIER (D.),

- « L'information du candidat à la franchise, loi "Doubin" : bilan et perspectives », in *La protection du franchisé au début du XXIe siècle : entre réalité et illusions*, N. Dissaux, R. Loir (sous dir.), *l'Harmattan,* 2009, p. 77
- « L'obligation d'informer le futur franchisé », in Information, mise en garde, compétence, etc. Toujours plus d'informations à la charge du professionnel, colloque ; Paris, 2011, *RDC*, 2012, n° 3, p. 1068
- « Nullité du contrat de franchise lorsque le franchiseur ne délivre pas l'information précontractuelle prévue par la loi », *D*. 1997. 55
- Concurrence-Distribution, panorama, 2004, *D*. 2005, p. 148

FERRIER (N.),

- « L'impact de la réforme du droit des contrats sur les contrats de distribution », in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires,* F. Barbière (dir.), *Lexisnixis*, 2017, p. 135

- « *La détermination par le juge du contenu du contrat* », » in La réforme du droit de contrats, Actes de colloque, 1re Journée Cambacérès, 2015, p. 109

FONTAINE (M.)

- « Le rayonnement international du droit français des contrats, Le cas particulier de l'OHADA », *D.* 2016, 2008

FORIE (P.),

- « Les antinomies en droit », in *Les antinomies en droit, Bruylant,* Ch. Perelman, (sous dir.), *Dialectica,* Vol. 18, Issue 1-4, 1964

FRANCK JUREDIEU (FR.),

- « Perte de chance et devoir de mise en garde du banquier », *Gaz. Pal*., 2011, p. 13

FRANÇOIS (CL.),

- « Application dans le temps et influence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 506

GAUDEMET (S.),

- « Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance », *JCP G*, 2016, act. 559,

GENICON (TH.),

- « Le dol incident a-t-il vraiment disparu du droit français ? », *RDC*, n° 04, 2016, p. 652

GHESTIN (J.),

- « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *JCP G,* 2011, n° 24, p. 703
- « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée » : une règle de nature à induire en erreur ? », *JCP G*, 2012, n° 28, p. 812
- « Vers un contrôle généralisé de la lésion en droit français ? », *D*. 2019, p. 388
- « Observation préliminaire », *LPA* 2009, no 31, p. 5

GHOZI (A)., LEQUETTE (Y.),

- « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie », *D*. 2008, p. 2609

GOLDIE-GENICON (CH.),

- « *specialia generalibus derogant »,* in D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc, (sous-dir.), *Dictionnaire du contrat, LGDJ,* 2018, p. 1032

GOURIO (A.), LEGEAIS (D.),

- « Les devoirs du banquier envers son client et les cautions », in *Information, mise en garde, compétence, etc. Toujours plus d'informations à la charge du professi*onnel, colloque ; Paris, 2011, *RDC* 2012, n° 3, p. 1053

GRÉVAIN-LEMERCIER (K.),

- « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux : le retour », *Gaz. Pal.*, 2012, n° I8693, p. 7, spéc. n° 1

GRIMALDI (C.),

- « La preuve et le contrat d'adhésion », *RDC*, n° 02, 2019, p. 135
- « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon… », *D*. 2016

GUÉGAN-LÉCUYER (A.),

- « Les conditions de la réparation de la perte de chance », in O. Sabard (*dir*.), *La perte de chance*, *LPA*, 2013, p. 16

HAMELIN (J-FR),

- « Les devoirs de se renseigner et d'information », *in Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : analyse et propositions*, sous la dir. de M. Latina et G. Chatepie, *D*, 2015, p. 25

HEINICH (J.),

- « L'obligation d'information », in *Le Lamy Droit des contrats, Wolters Kluwer*, 2022
- « L'application dans le temps de la réforme du droit du contrat », in *Le Lamy Droit des contrats, Wolters Kluwer*, 2022
- « Principes fondateurs du droit du contrat », in *Le Lamy Droit du contrat*, *Wolters Kluwer*, 2022
- « L'erreur », in *Le Lamy Droit des contrats, Wolters Kluwer,* 2022
- « Le dol », in *Le Lamy Droit des contrats, Wolters Kluwer*, 2022

HUBERLA (CH.),

- « Antinomies et recours aux principes généraux », in Ch. Perelman, (sous dir.) *Les antinomies en droit, Bruylant, Dialectica,* Vol. 18, Issue 1-4, 1964

HUET (J.),

- « L'article 1105 nouveau du Code civil : modification suggérée », *RDC*, n° 01,2017, p. 168

JARAMILLO (J. T.),

- « La perte de chance en matière de responsabilité médicale : un faux problème », in *responsabilité civile-questions actuelles, Panthéons-Assas*, 2018, p. 47

JOURDAIN (P.),

- « Sur La perte d'une chance », *RTD civ.,* 1992, p. 109
- « De quelques manifestations du contrôle de la Cour de cassation sur l'appréciation du préjudice », *RTD Civ*., 1991 p. 121
- « Rapport français », in *La bonne foi*, travaux de l'Association Henri Capitant, *litec*, 1992, p. 123

KLEIN (J.)

- « Le consentement », *JCP G* 2015, suppl. n° 21, p. 14, spéc. n° 7

KLEINSCHMIDT (J.), GROß (D.),

- « La réforme du droit des contrats : perspective allemande sur la balance délicate entre liberté contractuelle et pouvoirs du juge », *RDC* 2015, p. 674

KULLMANN (J.)

- « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, chr., p. 59, spéc. p. 62

KULLMANN (J.), SILVESTRE (E.),

- « Le contrat d'assurance », in *Lamy assurances, Wolters Kluwer,* 2018

LABARTHE (F.),

- « Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion », Études offertes à J. Ghestin, *LGDJ,* 2001, p. 489

LAFAURIE (K.),

- « Clauses abusives : l'articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux », *JCP E*, n° 35, 2017, p. 1453

LAHER (R.),

- « Mandat et confiance », *RTD Civ.* 2017, p. 541

LAITHIER (Y-M.)

- « La consécration par la Cour suprême du Canada d'un principe directeur imposant l'exécution du contrat de bonne foi », *D.* 2015, p. 746

LAMBERT (TH.)

- « Le contentieux du contrat de bière : vers un accord cadre de plus en plus sûr », *JCP E*, n° 1, 2018, p. 1001

LAMBERT-FAIVRE (Y.),

- « Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 : la réforme des dispositions relatives au contrat d'assurance et à la protection des assurés », *D,* 1991, p. 1

LARDEUX (G.),

- « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », *D.,* 2016, p. 1659

LARGUIER (J.),

- « La preuve d'un fait négatif », *RTD civ*., 1953, p. 1

LARROUMET (C.)

- « Pour la responsabilité contractuelle », Mél. Pierre Catala, Litec, 2001, p. 543

LATINA (M.),

- « Les techniques de prise en compte des motifs dans les contrats dans les projets de droit européenne du contrat », *RDC,* 2013, p. 1613

LE GAC-PECH (S.),

- « L'obligation d'information : omniprésente, mais en mal de reconnaissance ? », *RLDC,* 2012, n° 97

LE NABASQUE (H.),

- « Conventions libres et conventions réglementées : faut-il avoir peur de l'article 1161 du Code civil ? », *Bull. Joly Sté.*, n° 11, 2016, p. 681

LEBEL (C.), ,

- « Baux commerciaux aux baux ruraux : carrefour de droits exorbitants », *Loyers et Copr.* n° 10, 2017, dossier 13

LECLERC (FR.),

- « Les enjeux de la confrontation des contrats de distribution à la réforme du droit des contrats », *AJ contrat*, 2017, p. 152

LECUYER (H.),

« *La formation du contrat* » in La réforme du droit de contrats, Actes de colloque, 1re Journée Cambacérès, 2015, p. 33

LEGEAIS (D.),

- « Une clause préétablie destinée à prouver l'accomplissement du devoir d'explication est une clause abusive », *RTD com.,* 2013, p. 789

LELOUP (J-M.),

- « Les rapports juridiques dans le contrat de franchise : analyse du contrat de franchise », in *Aspect Juridiques de la franchise, litec*, 1998

LEQUETTE (S.),

- « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.* 2016, p. 1148

LEQUETTE (Y.),

- « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ?, *RDC*, 2015, n° 03, p. 61
- « Responsabilité civile versus vice du consentement, in Au-delà des codes », Mél. en l'honneur de M.-S. Payet, *D.,* 2012, p. 363

LEVENEUR (L.)

- « Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : à améliorer », *Contrats, conc., consom*. 2011, repère 10

LOIR (R.),

- « Les prévisionnels : le point de vue du juriste », in *La protection du franchisé au début du XXIe siècle : entre réalité et illusions,* N. Dissaux, R. Loir (sous dir.), *l'Harmattan*, 2009, p. 97
- « L'information du franchisé sur le futur », *D*., 2012 p. 1425

LOISEAU (GR.),

- « Refonte des règles contractuelles en matière de pratiques commerciales », *Communication Commerce électronique* n° 7-8, 2019, comm. 48

LUTZ (P.), WAGNER (M-P.)

- « Pourquoi la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de bière », *D*. 2001, p.1708

MAETZ (C-A.)

- « Réforme du droit des obligations et droit de la distribution », in *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires*, C. Bloch, A. Cerati-Gauthier, V. Perruchot-Triboulet, (sous-dir*.), D*., 2018, §11,16

MAGNIER (V.),

- « Les sanctions du formalisme informatif », *JCP*, 2004, I, p. 106

MALAURIE-VIGNAL (M.),

- « Le dé-tricotage de la loi Doubin », *Contrats, conc. consom.,* 2016, comm. 65

MALGAU (W.),

- « Les antinomies en droit, à propos de l'étude de G.Gavazzi », in *Les antinomies en droit, Bruylant*, Ch. Perelman, (sous dir.), *Dialectica,* Vol. 18, Issue 1-4, 1964

MAROT (Y.),

- « Le contenu et la finalité de l'obligation d'information précontractuelle en franchise », *JCP E* 2005, p. 1775 et 2987

MARTIN (J.),

- « La première reconnaissance, avec rigueur, de l'absence de caractère averti d'une commune en cassation », RD bancaire et fin., n° 3, 2021, comm. 50

MAZEAUD (D.),

- « Droit des contrats : réforme à l'horizon », *D*. 2014, p. 291

MEKKI (M.),

- « Droit des contrats », *D*. 2018 p. 371
- « Droit des contrats », *D*. 2019, p. 279
- « Droit des contrats », *D*. 2020, p. 353
- « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D*., 2015, p. 816
- « La gestion contractuelle du risque de la preuve », *RDC*, 2009, p. 453
- « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *Gaz. Pal.,* 2016, n° 14, p. 15
- « La réforme du droit des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *JCP N*, n° 43-44, 2016, act. 1155
- « Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016 », *AJ Contrat*, 2017, p. 462
- « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? Le contrat », *RDC,* 2016, p. 483

MERCADAL (B.),

- *Bulletin Rapide de droit des Affaires (BRDA)* 6/18, 15/03/18), §19

MESTRE (J.)

- « Petit abécédaire de la réforme des contrats et obligations », *RLDC*, nº 136, 2016
- « Le bonheur contractuel ! », *AJ Contrat,* 2016, p. 105

MIGNOT (M.),

- « Le droit de la vente après l'ordonnance n° 2016-131 », in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations,* L. Andreu, M. Mignot (sous-dir.), *LGDJ*, 2017

MINET (CHL.),

- « Loi Hamon 1 an après : quelles avancées en matière d'information des consommateurs ? », *RLDA*, n° 108, 2015

MOLFESSIS (N.),

- « Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », *JCP G,* 2017, act., 1045
- « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », in Mél. Jean Hauser, LexisNexis – D., 2012, p. 927
- « La formation du contrat », *JCP G* 2015, nº 21, suppl., nº 6

MONÉGER (J.),

- « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux : l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les articles L. 145-1 s. du code de commerce et le bail commercial », *RTD com*., 2016, p. 427

MORYOUCEF (H.),

- « Les prévisionnels : le point de vue de l'expert-comptable », in N. Dissaux, R. Loir (sous dir.), *La protection du franchisé au début du XXIe siècle : entre réalité et illusions, l'Harmattan*, 2009, p. 89

MOULY (J.),

- « Une règle de nature à induire en erreur « la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *D*. 2012, p. 1346
- « La réticence dolosive suppose, mais ne rend pas excusable l'erreur de l'autre partie, *JCP G,* 2012, n° 38, p. 981

MOURY (J.)

- « La détermination du prix dans le nouveau droit des contrats », *D.* 2016, 1013, n° 17

NICOD (M.),

- « La force probante de l'acte notarié », *JCP N*, n° 5, 2013

NUSSENBAUM (M.),

- « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté », *Gaz. Pal.,* 2012, n° 145, p. 34

OUDIN (M.),

- « La rentabilité, une notion juridique en construction », in *Hommage en l'honneur de Grégoire Forest*, *D.* 2014, p. 165

PAILLER (L.)

- « Les présomptions dans l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP E*, n° 40, 2016, p.1790

M-È. PANCRAZI,

- « L'étendue de la nullité », in *Le Lamy Droit du contrat, Wolters Kluwer,* 2022

PAUL (H. G.),

- « Logique et conversation », In Communications, 30, La conversation, 1979, p. 57

PÉLISSIER (A.),

- « Formation du contrat », *RGDA*, 2017, n° 11, p. 591

PERÈS (C.),

- « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G,* 2016, act. 454

PERINET-MARQUET (H.),

- « Les difficultés de délimitation du champ d'application des droits de rétractation et de réflexion offerts à l'acquéreur immobilier. Article L. 271-1 du Code de la construction », *JCP G,* 2002, I, n° 22, p. 129

PHILIPPE SIMLER (PH.),

- « Réforme du cautionnement », *JCP G*, suppl., n° 43-44, 2021

PONSARD (M.), MARCINKOWSKI (M.),

- « De certaines problématiques liées à la franchise internationale », *AJ Contrats,* 2015, p. 252

PRAT (S.), JOUAULT (L.),

- « L'enjeu : l'efficacité des opérations économiques », in Un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires, *Gaz. Pal., 2017*, n° HS 3, p. 43

PRIGENT (J.),

- « L'imprévision et le bail commercial », *La Revue des Loyers,* nº 982, 2017

PRES (X.),

- « L'action en révision pour lésion et imprévision en droit d'auteur : applications et perspectives », *AJ Contrat,* 2018, p. 112.

PUIG (P.),

- « La phase précontractuelle », *Droit et Patri.,* nº 258, 2016
- « Le contrat d'entreprise », in L. Andreu, M. Mignot (sous-dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, *LGDJ,* 2017

RAOUL-CORMEIL (G.),

- in Th. Douville (sous-dir.) « La réforme du droit des contrats : commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve », *Gualino*, 2016

RAYNARD (J.),

- « De l'influence de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats sur la négociation des accords industriels », *RPI,* n° 5, 2016

REGNAULT (S.),

- « Bail commercial : le tropisme de l'ordre public », *Loyers et Copr*., n° 12, 2017
- « L'étude prévisionnelle fantaisiste fournie par le franchiseur vicie le consentement du franchisé », *AJCA,* 2015, p. 286
- « la tentation d'autoritarisme de la loi Doubin », *LPA*, 2003 ; p. 13

REMY (P.)

- « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ*. 1997, p. 323

RENUCCI (J-FR.),

- « L'identité du cocontractant », *RTD com*., 1993, p. 441

REVET (TH.),

- « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217

RIERA (A.),

- « La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise », *AJCA,* 2016, p. 20
- « L'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de distribution après la réforme du droit des contrats », *AJ Contrat*, 2017, p. 155

ROCHFELD (J.),

- « La "loyauté" des "plateformes". Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? », *Dalloz IP/IT* 2016 p. 520

ROUVIÈRE (F.)

- « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016, p. 600

SABARD (O.),

- « L'évaluation de la perte de chance par le juge judiciaire », in *La perte de chance*, O. Sabard (*dir*.), *LPA*, 2013, p. 23

SAINT-PAU (J. C.),

- « La pénalisation du secret des affaires », in *La confidentialité des informations relatives à une entreprise,* B. Saintourens, J-C. Saint-pau (sous-dir.), *éditions Cujas,* 2014, p. 28

P. SANTOS (A. P.),MAWUNYO (K.)

- Commentaire sous Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général, in OHADA traité et actes uniformes : commenté et annotés, *Juriscope* 2018, p. 317.

SASSOLAS (D.),

- « Le prix », in *Les innovation de la réforme du droit des contrats,* S. Bros (sous-dir.), *Institut Universitaire Varenne*, 2018, p.77

SENECHAL (J.)

- « Le contenu du contrat », in *Le droit commun européen de la vente. Examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011, Société de la législation comparée*, O Deshayes (sous-dir.), coll. « Trans Europe exprerts », p. 133 et s. ;

SERINET (Y-M.),

- « Observations sur le projet d'ordonnance », *LPA*, n° 177, 2015, p. 59

SIZAIRE (C.),

- « De la liberté contractuelle a l'intervention du juge », Libres propos sur l'impact de la réforme du droit des contrats, issue de l'ordonnance du 10 février 2010, *Constr-Urb.,* n° 11, 2016, repère 10

STOFFEL-MUNCK (PH.),

- « Autour du consentement et de la violence économique », in *la réforme du droit des contrats : projets et perspectives*, *RDC* 2006, p. 45, et spéc. p. 48
- « Décembre 2004-juin 2005 : embellie pour la sécurité des affaires », Droit et Patrimoine, nº 141, 2005, p. 97

TALLON (D.),

- « Exécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ*., 1994, p. 223

THIBAULT DOUVILLE (sous-dir.),

- « La réforme du droit des contrats : commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve », *Gualino,* 2016, p. 37

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.),

- « libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ*., 1997, p. 357, spéc., p.378

TIQUANT (O.)

- « Rétablir l'autorité de la loi Doubin », *D*. 2001, p. 2597

TOULOUSE (G.),

- « Le document d'information précontractuelle », in *La franchise question sensible*, Grimaldi (dir.), *RLDA*, nº 73, 2012

TOUPENAY-SCHUELLER (A.), BAYDOUN (A.),

- « Quelques impacts de la réforme du droit des contrats sur la pratique des fusions-acquisitions », *Option Finance*, n° 1358, 2016

URBAIN-PARLEANI, (I.),

- « Le devoir d'information et les cessions de droits sociaux brèves remarques », in *Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats,* J. Heinich et V. Thomas (dir.), *RJC,* 2017, n° 6, p. 511

USUNIER (L.),

- « L'attractivité internationale du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur français à la poursuite d'une chimère », *RTD civ*., 2017, p. 343

VAN EECKHOUT (A.)

- « Vers un renouveau du troc dans la vie des affaires ? », RDC, 2006, p. 917

VINEY (FR.),

- « À propos de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information », *JCP G*, n° 30-35, 2014, doctr. p. 879

VINEY (G.),

- « La responsabilité contractuelle en question », in Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p.920

VIRASSAMY (G.),

- « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (article 1er) », *JCP E*, n° 25, 1990, p. 15809

VOGEL (J.),

- « Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? Une nécessité pour l'économie et les entreprises françaises », *AJ Contrat*, 2017, p. 470

WEHRLI (Y.),

- « La réforme inachevée », *RDC*, 2017, n° 4, p. 1

ZALEWKI-SICARD (V.)

- « Donations et restitutions après l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 », *LPA*, 2017, p. 6

V. COMMENTAIRES, CONCLUSIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE

ALLAIN (T.),

- note sous Cass. com., 9 janvier 2019, n° 17-28.725, « Preuve de l'intention dolosive en matière de cession de droits sociaux : revirement de la chambre commerciale », *Rev. sociétés* 2019, p. 179

ANSAULT (J-J.),

- note sous Cass. com., 3 février 2015, n° 13-12.483, « Quand une garantie de passif laisse toute sa place au dol », *Rev. sociétés* 2015, p. 571
- note sous Cass. com., 26 avril 2017, n° 11-25.941, « De la nécessité de démontrer le caractère déterminant d'une réticence dolosive », *Rev. Sociétés,* 2017, p. 700

ASSELAIN (M.),

- note sous Cass. 2e civ., 4 juillet 2019, n° 18-18.437, « Obligation d'information et devoir de conseil du banquier », *JCP E,* n° 43-44, 2020, p. 1413

BACACHE (M.),

- note sous Cass. 1re civ., 16 janvier 2013 12-14.439, « La réparation de la perte de chance : quelles limites ? », *D*. 2013. 619, spéc. n° 4-5, p. 620

BARBIER (H.),

- note sous CA Paris, 12 septembre 2013, n° 11/19074 ; Cass. com. 1er octobre 2013, n° 12-23.337 ; Cass. com., 10 décembre 2013, n° 12-23.890 ; Cass. com. 10 décembre 2013, n° 12-23.115 ; « L'erreur sur rentabilité économique », *RTD civ*. 2014, p. 109
- note sous CA Toulouse, 12 mai 2021, n° 16/05917, « L'erreur sur la rentabilité de la franchise, une erreur comme les autres ? », *RTD civ.,* 2021, p. 878
- note sous Cass. 1re civ., 4 juin 2014, n° 12-21.244 ; « Le droit à la preuve tenu en échec par le secret professionnel du notaire », *RTD civ*. 2014, p.658
- note sous Cass. soc. 25 septembre 2013, n° 11-25.884 ; « La libre preuve d'un fait juridique par courrier électronique », *RTD civ*., 2014, p. 121
- note sous Cass. com., 30 juin 2015, n° 14-14.704 ; « Dommages-intérêts ou nullité pour dol : deux demandes distinctes », *RTD civ*., 2015, p. 867
- note sous CJUE 16 juillet 2015, aff. C-580/13 ; « Le secret professionnel rattrapé par le droit à la preuve ? », *RTD civ.* 2016, p. 128
- note sous Cass. com., 19 janvier 2016, n° 14-21.670 ; Cass. 1re civ., 25 février 2016, n° 15-12.403, « Quelques indications sur les critères du contrôle de proportionnalité de l'atteinte aux secrets », *RTD civ*., 2016, p. 371
- note sous Cass. com., 12 avril 2016, n° 14-19.200 ; Cass. com., 8 mars 2016 n° 14-23.135, « Dol dans les cessions de titres sociaux : le devoir de loyauté du dirigeant acquéreur en retrait face au devoir de curiosité du cédant », *RTD civ.,* 2016, p. 612
- note sous Cass. com., 12 avril 2016, n° 14-19.200 ; Cass. com. 8 mars 2016 n° 14-23.135, « Quand la liberté du créancier de choisir la sanction contractuelle échappe au contrôle de proportionnalité », *RTD civ*., 2016 p. 356
- note sous Cass. com., 5 juillet 2016, n° 15-17.004 ; Cass. crim., 8 mars 2016, n° 14-88.347 ; CJUE, 2e ch., 14 juillet 2016, aff. C-196/15 ; Cass. 1re civ., 6 juillet 2016, n° 15-21.811, « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », *RTD civ.,* 2016, p. 837
- note sous Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17.978 ; Cass. 1re civ., 12 mai 2016, n° 15-12.360 ; « La transition en douceur de la cause vers la contrepartie, et l'entrée en scène de « l'équilibre général du contrat », *RTD civ*., 2016, p. 614

- note sous Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-29.874 ; Cass. 3e civ., , 29 septembre 2016, n° 15-15.129 ; Cass. 1re civ., 28 septembre 2016, n° 15-18.904, « L'incidence du choix procédural du contractant sur son droit à réparation », *RTD civ*., 2016, p. 847
- note sous Cass. 3e civ., 29 septembre 2016, n° 15-15.129 ; « L'éviction de l'adage nul n'est censé ignorer la loi dans l'appréciation de la connaissance du vice requise pour confirmer un acte nul », *RTD civ.* 2016, p. 846
- note sous CA Paris, 26 novembre 2015, n° 14/12489 ; Cass com., 24 novembre 2015, n° 14-17.74, « La résiliation peut-elle être justifiée par une faute commise avant la conclusion du contrat ? Ou encore par une faute révélée après cette résiliation ? », *RTD civ.,* 2016, p. 115
- note sous Cass. com., 31 janvier 2017, n° 15-15.890 ; Cass. com., 18 janvier 2017, n° 14-26.604 ; Cass. 1re civ., 12 oct. 2016, n° 15-25.034 ; Cass. mix., 24 février 2017, n° 15-20.411 ; Cass. 2e civ., 8 décembre 2016, n° 15-26.086, « Les nouvelles noces du formalisme et du consentement : vers un formalisme raisonné », *RTD civ*. 2017, p. 377
- note sous Cass. com., 27 mars 2019, n° 17-22.083 ; Cass. com. 19 juin 2019, n° 17-29.000 ; Cass. com., 7 mai 2019, n° 17-17.366 ; « De la place de la bonne foi en général et dans les relations de distribution en particulier », *RTD civ*., 2019, p. 570
- note sous Cass. com., 24 mai 2016, n° 14-25.921 ; « Que doit-on entendre par "information" lors de l'application du devoir général d'information et de la sanction du dol par dissimulation intentionnelle ? », *RTD civ*., 2016, p. 843
- note sous Cass. com., 21 juin 2016, n° 15-10.029, « Changement de circonstances imprévisible et formation du contrat », *RTD Civ.,* 2016, p. 611
- note sous Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-15.746 ; Cass. 2e civ., 2 février 2017, n° 16-10.165 ; Cass. 2e civ., , 2 février 2017, n° 15-28.011, « De quelques nouvelles difficultés à établir la cause (ou contrepartie) de l'obligation », *RTD civ,.* 2017, p. 640
- note sous Cass. 3e civ., 14 septembre 2017, n° 16-18.840, « Le devoir de bonne foi n'est pas évincé par le droit spécial », *RTD civ.,* 2017 p. 858
- note sous Cass. 3e civ., 26 janvier 2017, n° 15-27.580 ; Cass. com., 8 février 2017, n° 15-23.050, « De la légitimité douteuse de l'adage *specialia generalibus derogant* pour articuler les droits spéciaux entre eux », *RTD civ.,* 2017 p. 372
- note sous Cass. com., 13 décembre 2016, n° 15-18.002, « Vers une voie détournée de reconnexion du dol et du devoir d'information », *RTD civ.,* 2017, p. 381

- note sous Cass. com., 29 novembre 2016, n° 15-17.497 ; CA Rennes, 10 janvier 2017, n° 15/06500, « La clause d'exclusion de garantie n'exclut pas un vice du consentement sur le risque non garanti », *RTD civ.,* 2017, p. 127
- note sous Cass. soc. 21 septembre 2017, n° 16-20.103 et n° 16-20.104 ; Cass. 1re civ., 20 septembre 2017, n° 16-12.906 ; Cass. com., 5 juillet 2017, n° 16-12.836, « Droit transitoire et ordonnance du 10 février 2016 : la loi nouvelle non encore applicable considérée comme du droit souple », *RTD civ.,* 2017, p. 837
- note sous Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-21.260 ; Cass. 2e civ., 18 mai 2017, n° 16-17.754 ; Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-22.830, « Pour une approche unitaire du point de départ de la prescription des actions pour manquement aux devoirs d'information, mise en garde et conseil », *RTD civ.,* 2017, p. 865
- note Cass. 3e civ., 17 novembre 2016, n° 15-24.552 ; « L'application immédiate de la loi nouvelle aux effets légaux du contrat… un enseignement à tirer pour l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ*., 2017, p. 118
- note sous Cass. com. 4 juillet 2018, n° 16-21.74 ; « Le dol sur l'intention contractuelle », *RTD civ.,* 2018, p. 655
- note sous Cass. 3e civ., 12 juillet 2018, n° 17-15.454 ; Cass. 1re civ., 5 avril 2018, n° 17-11.897 ; « Ratio juridique versus ratios mathématiques », *RTD civ.,* 2018, p. 898
- note sous Cass. 3e civ., 5 juillet 2018, n° 17-20.121 ; Cass. 3e civ., 12 juillet 2018, n° 17-20.627 ; « Du dol émanant des cocontractants des parties au contrat litigieux », *RTD civ.,* 2018, p. 883
- note sous Cass. 3e civ., 4 octobre 2018, n° 16-22.095 ; Cass. 3e civ., 22 mars 2018, n° 17-15.830 ; Cass. com., 10 octobre 2018, n° 17-18.547 ; Cass. com., 16 mai 2018, n° 16-16.498 ; Cass. com., 10 octobre 2018, n° 16-22.215, « Quelques précisions utiles à propos de l'ordre public surplombant le contrat *», RTD civ., 2018,* p. 886
- note sous Cass. 1re civ., 3 mai 2018, n° 17-12.473 ; Cass. 1re civ., 19 septembre 2018, n° 16-20.164, « Une relativité du devoir d'information et de conseil de l'intermédiaire… toute relative ! », *RTD civ.,* 2018, p. 902
- note sous Com., 28 mars 2018, n° 17-10.600 ; Com. 25 octobre 2017, n° 16-22.083 ; « De la charge de la preuve d'un fait négatif comme sanction probatoire », *RTD civ.* 2018, p. 414
- note sous Cass. com., 24 janvier 2018, n° 16-19.866, « Un point sur le régime des clauses aménageant la force probante », *RTD civ.,* 2018, p. 415

- note sous Cass. com., 6 décembre 2017, n° 16-19.615, « La conversion en présomption simple d'une présomption irréfragable établie par une clause de preuve », *RTD civ.* 2018, p. 123
- note sous Cass. 3e civ., 1er février 2018, n° 16-18.724 ; Cass. 1re civ., 31 janvier 2018, n° 17-10.340 ; Cass. 1re civ., 5 avril 2018, n° 17-12.595 ; Cass. 1re civ., 27 juin 2018, n° 17-23.264, « De quelques effets, inattendus et absolutistes, de l'ordre public », *RTD civ*., 2018, p. 647
- note sous Cass. 1re civ., 27 juin 2018, n° 17-15.039 ; « De la bonne foi dans la formation du contrat : admission de la nullité pour erreur sur la bonne foi du cocontractant », *RTD civ*., 2018, p. 657
- note sous Cass. com. 18 octobre 2017, n° 16-10.271, « La prise de risque de l'investisseur lors d'une introduction en bourse », *D.* 2018 p. 47
- note sous Cass. 1re civ., 28 novembre 2018 n° 17-31.144, « Vers un devoir de "googliser" ? », *RTD civ*., 2019, p. 98
- note sous Cass. soc. 23 janvier 2019, n° 17-21.550, « Existe-t-il un numerus clausus des vices du consentement ? *RTD civ.,* 2019. p. 321
- note sous Cass. com., 9 janvier 2019, n° 17-28.72, « Déplacement (s) de l'objet de la preuve dans le dol : l'intention dolosive établie par la preuve du caractère déterminant de l'information dissimulée », *RTD civ*., 2019, p. 336
- note sous Cass. com., 5 juin 2019, n° 16-10.391, « Regain d'incertitude quant au préjudice réparable en cas d'action en seuls dommages-intérêts pour dol », *RTD civ*., 2019, p. 576
- note sous Cass. 3e civ., 6 décembre 2018, n° 17-21.170 ; Cass. soc. 9 janvier 2019, n° 17-22.788 ; CA Aix-en-Provence, 20 décembre. 2018, n° 16/23275 ; Cass. 1re civ., 5 avril 2018, nº17-15.620, « Les normes non encore en vigueur doivent-elles éclairer l'interprétation des normes en vigueur ? », *RTD civ.,* 2019, p. 317
- note sous Cass. soc. 3 avril 2019, n° 17-15.568 ; Cass. 3e civ., 21 mars 2019, n° 17-28.021 ; Paris, 24 mai 2019, n° 17/08357, « De l'engouement contemporain pour l'imprescriptibilité », *RTD civ.,* 2019, p. 586
- note sous CA Paris, 6 août 2019, n° 17/09608 ; « Le secret des négociations parallèles à l'épreuve de la réforme du droit des contrats », *RTD civ.,* 2019, p. 845
- note sous Cass. 1re civ., 4 juillet 2019, n° 17-27.621, « Lorsque le vice de formation qui profite à la victime n'est pas source de nullité : vers l'indifférence du vice in favorem ? », *RTD civ*., 2019, p. 856

- note sous Cass. 3e civ., 19 décembre 2019, n° 18-20.854 ; Com. 25 septembre 2019, n° 16-24.151, « La théorie des 'effets légaux du contrat' peut écarter le principe de survie de la loi ancienne, mais pas celui de non-rétroactivité de la loi », *RTD civ.,* 2020, p. 91

BEHAR-TOUCHAIS (M.),

- note sous, Cass. com., février 2004, n° 00-21319, « Charge de la preuve du vice du consentement du distributeur et loi 'Doubin' », *RDC*, n° 3, 2004, p. 729
- note sous Cass. com., 8 février 2017, n° 15-23050, « L'exclusion brutale d'un associé coopérateur : quand le droit spécial chasse le droit plus général », *Bull. Joly Sté*., 2017, n° 05, p. 324

BORIES (A.),

- note sous Cass. com., 10 janvier 2018, n° 15-25.287, « Sanction du manquement à l'obligation d'information précontractuelle du franchiseur et le sort corrélatif (ou pas) du contrat de prêt conclu par le franchisé : variations de la chambre commerciale », *JCP N,* n° 14, 2018, p. 1179
- note sous CA Paris 23 mai 2018, n° 16/07307, « Dol du franchiseur, restitutions réciproques et préjudice indemnisable », *AJ contrat,* 2018, p. 336
- note sous Cass. 1re civ., 3 novembre 2016, n° 15-24.886, « Nullité du contrat de franchise : le droit commun du dol au secours de l'article L. 330-3 du code de commerce », *AJ contrat,* 2017, p. 85
- note sous Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-29.874, « Retour surprenant sur la réparation du préjudice de la victime d'un dol en cas de maintien du contrat », *AJCA*, 2016, p. 386

BOUBLI (B.),

- note sous Cass. 1re civ., 16 févier 2005, n° 03-19.724 ; Cass. 1re civ., 01 mars 2005, n° 04-10.063, « L'entrepreneur est tenu d'une obligation de conseil », *RDI,* 2005, p. 219

BOULOC (B.),

- note sous Cass. 1re civ., 01 mars 2005, n° 04-10.063, « Quelle que soit sa spécialité, le professionnel, vis-à-vis d'un consommateur, a une obligation d'information sur la chose qu'il vend », *RTD com.* 2006, p. 181

CASEY (J.),

- note sous Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, « De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat », *D.* 1998, p. 208

CERVEAU (B.),

- note sous Cass. 2e civ., 4 octobre 2018, n° 17-20624, « Les dispositions spéciales dérogent aux dispositions générales », Gaz. Pal., n° 09, 2019, p. 64

COHET-CORDEY (FR.),

- note sous Cass. 3e civ., 11 janvier 2012, n° 10-23.141 ; Cass. 3e civ., 06 juin 2012 11-15.97, « Des conséquences de la double nature du dol », *AJDI,* 2013, p. 225

CONSTANTIN (A.),

- note sous Cass. com., 21 octobre 2014, n° 13-11.805 ; Cass. com., 3 février 2015, n° 13-12.483, « De l'autonomie respective des garanties de passif, des déclarations de conformité et du dol invoqué par le cessionnaire et de leur influence mutuelle », *RTD com.* 2015, p.103

DAGORNE-LABBE (Y.),

- note sous Cass. com., 6 septembre 2016, n° 14-25.259, « Les conditions d'efficacité du dol en tant que vice du consentement », *AJ contrat,* 2016, p. 488

DE RAVEL D'ESCLAPON (TH.),

- note sous Cass. com., 5 juin 2019, n° 16-10.391, « Du dol dans la cession de sociétés : exemples de manœuvres dolosives », *AJ contrat,* 2019, p. 402

DECKERT (K.),

- note sous CA Paris, 6 août 2019, n° 17/09608, « Devoir d'information, devoir de loyauté et négociations parallèles de cessions de droits sociaux », *Rev. sociétés,* 2020 p. 227

DESHAYES (O.),

- note sous Cass. 1re civ., 28 septembre 2016, n° 15-17033 et n° 15-17516, « Obligation d'information et relativité de la faute contractuelle », *RDC*, 2017, n° 01, p.39

ERESEO (N.),

- note sous CA Reims, 7 juin 2016, n° 14/02970, « Approvisionnement exclusif : la cour d'appel de Reims confirme l'inapplicabilité de la loi dite 'Doubin' (c. com., art. l. 330-3) aux contrats de bière (Ardenne boisson) », *Concurrences*, n° 4, 2016

FAGES (B.),

- note sous Cass. 3e civ., 17 septembre 2008, n° 07-10.170, « Transmissibilité d'une obligation d'informer ? », *RTD civ*., 2008, p. 677
- note sous Cass. com., 22 janvier 2008, n° 06-21.160 ; Cass. 3e civ., 19 mars 2008, n° 07-11.194, « Conditions de la renonciation à un droit », *RTD civ., 2008*, p. 294
- note sous Cass. 1re civ., 28 mai 2008, n° 07-13.487, « Réticence dolosive ou manquement à l'obligation précontractuelle d'information ? », *RTD civ.,* 2008, p.476

- note sous Cass. 3e civ., 19 novembre 2008, n° 07-17.880, « Les autres conséquences du dol », *RTD civ.,* 2009, p. 115
- note sous Cass. com., 2 février 2010, n° 09-11.064 ; Cass. 1re civ., 25 mars 2010, n° 09.12. 895, « Le préjudice résultant du dol », *RTD civ.,* 2010, p. 322
- note sous Cass. com., 7 juin 2011, n° 10-13.622 ; « Les éléments constitutifs de la réticence dolosive », *RTD civ. 2011,* p. 533
- note sous Cass. com., 7 février 2012, n° 11-10.487 ; « La dissimulation par une société des antécédents pénaux de son salarié », *RTD civ.,* 2012, p. 313
- note sous Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-19.047 ; Com. 10 juillet 2012, n° 11-21.966, « La rentabilité et la viabilité de l'entreprise peuvent être objet d'erreur ou de réticence dolosive », *RTD civ.,* 2012, p. 724
- note sous Cass. com., 24 septembre 2013, n° 12-19.640, « Le dol du cédant de titres sociaux n'implique pas nécessairement l'allocation de dommages-intérêts pour survalorisation du prix », *Rev. sociétés,* 2014, p. 162
- note sous Cass. com., 10 juillet 2012, n° 11-21.954 ; « Quels dommages-intérêts le contractant peut-il obtenir sur le fondement du dol quand il fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat ? », *RTD civ.,* 2012, p. 725

FERRIE (S-M),

- note sous, Cass. 1re civ., 25 janvier, 2017, n° 15-27.898, « Quelle sanction pour la violation du devoir d'information médicale ? », *D*. 2017, p. 555

FERRIER (D.),

- note sous Cass. com., 2 décembre 1997, n° 95-21.563, « Le non-respect de l'obligation précontractuelle d'information du franchiseur n'est pas, en soi, constitutif d'un dol », *D.* 1998, p. 334

GAUTIER (P-Y.),

- note sous CA Aix-en-Provence, 28 oct. 2014, n° 13/17926, « Le professionnel du droit qui délivre une consultation à distance est-il un prestataire de services au sens du code de la consommation ? », *RTD civ*. 2015, p. 157

GHESTIN (J.),

- note sous Cass. 1re civ., 25 mars 2010, n° 08-13.060, « La confirmation de l'exception de la jurisprudence Baldus : la jurisprudence Vilgrain relative au dirigeant de société », JCP G, n° 38, 2010, p. 921,

GROUTEL (H.),

- note sous Cass. 2e civ., 8 juillet 2010, n° 09-67899, « Déclaration inexacte du risque », *RCA*, n° 9, 2010, comm. 233

HASSLER (TH.),

- note sous, Tri. com. de Paris 22 mars1993, « La loi Doubin du 31 décembre 1989 s'applique aux contrats de concession conclus par les stations de radio », *D*. 1994, p. 281

HEINICH (J.)

- note sous Cass. com., 9 janvier 2019, n° 17-28725, « Cession de droits sociaux : caractérisation de l'intention dolosive », *RDC*, n° 03, 2019, p. 61
- note sous Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-29.874, « Retour sur le préjudice de ne pas contracter de la victime de dol qui ne demande pas la nullité du contrat : un revirement inattendu ! », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 730
- note sous CA Paris, 18 octobre 2016, n° 15/18421, « Révocation du dirigeant : du fondement délictuel au fondement contractuel », *Rev. sociétés 2017*, p. 157

HOUTCIEFF (D.),

- note sous Cass. 1re civ., 27 juin 2018, n° 17-15039, « L'erreur sur la bonne foi du contractant porte sur la substance même de la chose », *Gaz. Pal*. 2018, n° 31, p. 21

JAILLOT (S.),

- note sous Cass. 3e civ., 18 septembre, 2019, n° 18-16.700, « Les données du site de la préfecture ne suffisent pas à informer l'acheteur du risque d'inondation », *Editions Francis Lefebvre* - La Quotidienne, 07/10/2019

JOURDAIN (P.),

- note sous Cass. 1re civ., 25 janvier 2017, n° 15-27.898, « Défaut d'information médicale : cumul possible de la réparation d'une perte de chance et d'un préjudice moral d'impréparation » *RTD civ.,* 2017. p. 403
- note sous Cass. com., 10 juillet 2012, n° 11-21.954, « Dol dans la formation du contrat : quel préjudice réparable ? », *RTD civ.,* 2012, p. 732

LARDEUX (GW.),

- note sous Cass. 3e civ., 28 mai 2008, n° 07-10550, « *Specialia generalibus derogant* » ou la simplicité apparente des fausses évidences », *RDC*, 2008, n° 4, p. 1251

LE GAC-PECH (S.),

- note sous Cass. 3e civ., 7 avril 2016, n° 15-13.064, « Réticence dolosive et violation d'une obligation précontractuelle d'information : un dispositif de droit commun insuffisamment protecteur du consommateur », *JCP E,* n° 27-28, 2016, p. 1403

LECOURT (A.),

- note sous Cass. com., 21 octobre 2014, n° 13-11.186, « Appréciations strictes de la nullité du contrat de franchise », *AJCA*, 2015, p. 44
- note sous Cass. com., 30 mars 2016, n° 14-11.684, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques », sous Com. 30 mars 2016, n° 14-11.684, *RTD com*., 2016, p. 767
- note sous Cass. com., 30 mars 2016, n° 14-11.684 ; « Dol incident dans une cession de titres sociaux : une anticipation opportune de la réforme », *RTD com.,* 2016, p. 817
- note sous Cass. com., 13 décembre 2016, n° 15-18.002 ; Cass. com., 25 janvier 2017, n° 15-17.137, « Obligation d'information et cessions de droits sociaux : cantonnement de la loyauté des dirigeants », *RTD com.* 2017, p. 384
- note sous CA Paris, 19 avril 2017, n° 15/13790, « Commission-affiliation et prévisionnel fantaisiste : confirmations », *AJ contrat*, 2017, p. 291

LECOURT (B.),

- note sous Cass. com., 30 mars 2016, n° 14-11.684, « Cession de droits sociaux : nullité du contrat pour dol incident et application anticipée du nouveau droit des contrats », *Rev. Sociétés,* 2016, p. 590

LÉCUYER (H.),

- note sous Cass. com., 11 juillet 2006, n° 05-12.024, « Obligation d'information du dirigeant à l'égard des associés », *Dr. des sociétés*, n° 1, 2007, comm. 1

LEGEAIS (D.),

- note sous Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105 « Le principe de proportionnalité entre l'engagement d'un garant et ses ressources », *JCP E*, n° 44, 1997, p. 1007

LOYER-BOUEZ (D.),

- note sous CJUE 10-7-2019 aff. 649/17, « Un vendeur à distance n'est pas tenu de communiquer un numéro de téléphone à ses clients potentiels », , *Editions Francis Lefebvre - La Quotidienne*, 07/10/2019

MALAURIE (PH.),

- note sous Cass. com. 27 février 1996, n° 94-11.241, « Cession d'actions : la réticence dolosive en raison des circonstances », *D.* 1996, p. 518

MALINVAUD (PH.),

- note sous Cass. 1re civ., 30 septembre 2015, n° 14-11.761, « L'installation d'un abri de piscine peut-elle être la construction d'un ouvrage ? », *RDI,* 2015, p. 590

MARTIN (A-C.),

- note sous Cass. com., 5 janvier 2016, n° 14-15.700 ; n° 14-15.701 ; n° 14-15.702 ; n° 14-15.703, n° 14-15.704 ; n° 14-15.705 ; n° 14-15.706 ; n° 14-15.707 ; n° 14-15.708 ; n° 14-15.710, « La Cour de cassation rappelle l'importance d'adapter les informations transmises en fonction du profil du candidat à la franchise (Assurtis) », *Concurrences,* n° 2, 2016

MASSART (TH.),

- note sous Cass. com., 24 mai 2017, n° 15-19430, « L'obligation de loyauté du dirigeant est-elle due à l'apporteur en compte courant ? *», Bull. Joly Sté*., n° 11, 2017, p. 654
- note sous Cass. com., 9 janvier 2019, n° 17-28725, « La cession de société enfin consacrée ? », *Bull. Joly Sté.*, n° 03, 2019, p. 14

MAZEAUD (D.),

- note sous Cass. soc., 21 septembre 2017, n° 16-20.103, « Droit des obligations et application de la loi nouvelle aux contrats en cours : deux leçons de la chambre sociale », *D.,* 2017 p. 2007

MAZEAUD (V.),

- note sous Cass. mix., 08 juillet 2015, n° 13-26.686, « Le refoulement de la perte de chance en présence d'un manquement à une obligation d'information », *D.* 2015, p. 2155

MESTRE (J.),

- note sous Cass. 1re civ., 17 mars 1992, n° 88-18.556 ; Cass. com., 24 mars 1992 ; Cass. com., 12 novembre 1992, n° 90-14.678 ; Cass. com., 20 octobre 1992, n° 90-19.872 ; « L'information à la une ! », *RTD civ.,* 1993, p. 115
- note sous Cass. com., 10 février 1998, n° 95-21.906, « Une belle illustration de la réserve de la Cour de cassation à l'égard du prononcé de la nullité », *RTD civ.,* 1998, p. 365
- note sous Cass. 3e civ., 27 mars 1991, n° 89-16.975 ; « Dol d'une commune qui achète à bas prix un terrain qu'elle va classer en zone constructible », *RTD civ.,* 1992, p. 81
- note sous Cass. 1re civ., 9 décembre 1997, n° 95-15.494 ; Cass. 1re civ.,, 17 mars 1998, n° 96-13.972 ; Cass. 3e civ., 11 juin 1997, n° 95-19.606 ; Cass. 1re civ., 06 janvier 1998, n° 95-21.205, « De la renonciation au bénéfice d'une règle d'ordre public de protection », *RTD civ.,* 1998, p. 670
- note sous Cass. 1re civ., 25 octobre 1989, n° 87-16.386 ; Lyon 27 avril 1989 ; CA Aix-en-Provence 21 octobre 1988 ; CA Colmar 09 mars1990 ; Paris 04-12-1989, P041289 ;

« De quelques nouvelles avancées de l'obligation de renseignement », *RTD civ., 1990*, p. 465

- note sous Cass. 1re civ., 06 juin 1990 n° 88-13.341 ; Cass. 1re civ., 18 décembre 1990, n° 89-14.975 ; « Simplicité des principes gouvernant la charge de la preuve, mais difficultés concrètes d'application », *RTD civ.,* 1991, p. 746
- note sous Cass. com., 31 mars 1992, n° 90-13.113 ; Cass. soc. 25 févier 1992, n° 89-41.634, « Une bonne foi décidément très exigeante », *RTD civ*., 1992, p. 760
- note sous Cass. 1re civ., 14 mai1991, n° 87-16.004, « L'obligation de renseignement, aurait-elle une source contractuelle, doit exclusivement porter sur un fait pertinent », *RTD civ*, 1992, p. 84
- note sous CA Paris 19 janvier 1994 ; Paris 29 avril 1994 ; CA Metz 24 févier 1993, « D'une réticence dolosive d'informations sur la prestation de son cocontractant », *RTD civ.,* 1994. p. 852
- note sous Cass. com., 04 juin 1993, n° 91-17.321 ; Cass. com. 25 juin 1993, n° 91-12.205 ; « Où l'obligation de renseignement a pour objet d'autres contrats que celui où elle est due », *RTD civ.,* 1994, p. 93
- note sous Cass. 1re civ., 21 février 1995 ; Bull. civ. I, n° 91, p. 65 ; « La victime d'un dol est en droit d'invoquer la nullité du contrat vicié contre le tiers qui se prévaut de celui-ci », *RTD civ.,* 1995, p. 883
- note sous Cass. 1re civ., 31 janvier 1995 n° 92-20.654 ; CA Paris 22 janvier 1992 ; « Toujours l'exigence de bonne foi », *RTD civ.,* 1995, p. 623
- note sous Cass. com. 18 octobre 1994, n° 92-19.390 ; Com. 23 novembre 1993, n° 92-10.284 ; « Le droit pour la victime d'un dol d'agir en responsabilité délictuelle plutôt qu'en annulation du contrat », *RTD civ.,* 1995, p. 353
- note sous CA Versailles 02 févier1995 ; « Le dol de l'URSSAF », *RTD civ.,* 1995, p. 35
- note sous CA Versailles 08 juillet 1994 ; « L'invocation d'un vice du consentement reste en principe possible malgré l'existence d'un dispositif spécial de protection du consentement », *RTD civ.,* 1995, p. 97
- note sous Cass. com., 17 octobre 1995, RJDA 1996, n° 251, p. 184 ; Cass. com. 5 décembre 1995, RJDA 1996, n° 456, p. 336 ; Cass. 1re civ., 23 janvier 1996, Bull. civ. I, n° 36, p. 23 ; Cass. 1re civ., 16 avril 1996 ; CA Paris 1er mars 1996, D. affaires, 1 996 612 ; CA Versailles 4 avril 1996, RJDA 1996, n° 880, p. 643 « Nouvelles implications de l'exigence de bonne foi », *RTD civ*., 1996, p. 898

- note sous Cass. com., 06 févier1996, n° 93-12.868, « Les effets de la renonciation au jeu d'une condition suspensive », *RTD civ.,* 1996, p. 613
- note sous Cass. 1re civ., 27 juin 1995, n° 92-21.085 ; « Un bel exemple d'obligation de renseignement dans l'exécution du contrat », *RTD civ.,* 1996, p. 393
- note sous CA Versailles 15 septembre 1995 ; « L'existence d'un dispositif spécial de protection du consentement n'interdit pas d'invoquer un vice du consentement (suite) », *RTD civ.,* 1996, p. 147
- note sous Cass. 1re civ., 27 mai 1997, n° 95-17.920 ; CA Versailles 10-01-1997 ; « Deux exemples intéressants d'obligation d'information au stade de l'exécution du contrat », *RTD civ.,* 1997, p. 93
- note sous Cass. 1re civ., 13 mai 1997, n° 95-14.843 « Nouvelle avancée de l'obligation d'information dans le domaine des assurances de personnes », *RTD civ*., 1997, p. 922
- note sous Cass. 1re civ., 25 févier 1997, n° 94-19.685 ; Cass. 1re civ., 29 avril, 1997, n° 94-21.217 ; « Celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation », *RTD civ.,* 1997, p. 924
- note sous Cass. 1re civ., 14 octobre 1997, n° 95-19.609, « Le médecin peut établir par tous moyens l'exécution de son obligation d'information », *RTD civ.,* 1998, p. 100
- note sous Cass. 3e civ., 29 avril 1998, n° 96-17.540 ; « Le dol du mandataire peut-il être invoqué contre le mandant ? », *RTD civ.,* 1999, p. 89
- note sous Cass. 1re civ., 03 juin 1998, n° 96-16.439 ; Cass. 1re civ., 07 octobre 1998, n° 96-17.315 ; « Actualité de l'obligation d'information et du devoir de conseil », *RTD civ*., 1999, p. 83
- note sous Cass. com., 27 févier, 1996, n° 94-11.241, « Le dol de l'acquéreur de parts sociales », *RTD civ.,* 1997. p. 114

MESTRE (J.), FAGES (B.),

- note sous Cass. 1re civ., 3 mai 2000, n° 98-11.381, « Où l'obligation de contracter de bonne foi et la recherche d'un profit se trouvent ouvertement réconciliées », *RTD civ.,* 2000, p. 566
- note sous Cass. 3e civ., 15 novembre 2000, n° 99-11.203, « La réticence dolosive de l'acquéreur peut encore être retenue », *RTD civ.,* 2001, p. 355
- note sous Cass. com., 15 janvier 2002, n° 99-18.774, « L'autre sanction du dol », *RTD civ*., 2002, p. 290

- note sous Cass. 3e civ., 21 novembre 2001, n° 99-10.557 ; Cass. 1re civ., 4 décembre 2001, n° 99-12.497 ; Cass. 1re civ., 18 décembre 2001, n° 98-21.259 ; Cass. com., 19 février 2002, n° 99-13.100 ; Cass. 3e civ., 6 mars 2002, n° 99-20.637 ; Cass. 1re civ., 25 juin 2002, n° 99-15.915 ; Cass. 1re civ., 2 juillet 2002, n° 99-14.765, « De quelques limites aux obligations d'information et de conseil », *RTD civ.,* 2003, p. 81
- note sous Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15.618, « Où l'absence d'obligation d'information de l'acquéreur est compensée par l'existence de l'obligation de loyauté du dirigeant », *RTD civ.,* 2004, p. 500
- note sous Cass. com., 10 décembre 2003, n° 01-11.923, « Ordre public de protection et place de la volonté des parties », *RTD civ.,* 2004, p. 285
- note sous Cass. com., 24 septembre 2003, n° 00-21.863 ; Cass. com., 19 novembre 2003, n° 01-01.859, « Doit-on, lors de la formation d'un contrat, révéler à l'autre ses propres faiblesses ? », *RTD civ.,* 2004, p. 86
- note sous Cass. 1re civ., 10 mai 2005, n° 03-12.496 ; Com. 14 juin 2005, n° 03-12.339, D. 2005.1775, « Effets de l'annulation », *RTD civ.*, 2005, p. 778
- note sous Com., 22 février 2005, n° 01-13.642, « Le caractère impératif de la protection du consentement contractuel », *RTD civ*., 2005, p. 773
- note sous Cass. com., 14 juin 2005, n° 03-12.339, « Le dol d'une personne morale via un dirigeant doublement intéressé », *RTD civ.,* 2005, p. 774
- note sous Cass. 3e civ., 11 mai 2005, n° 03-17.682, « Quand réticence dolosive, obligation d'information et obligation de bonne foi se conjuguent pour conduire à l'annulation d'une révocation mutuelle et à la décharge d'une caution », *RTD civ.,* 2005, p. 590
- note sous Cass. com., 28 juin 2005, n° 03-16.794, « Où, à l'inverse, réticence dolosive et obligation d'information sont nettement distinguées », *RTD civ.,* 2005, p. 591
- note sous Cass. 1re civ., 27 janvier 2004, n° 01-13.976 ; Cass. com. 5 mai 2004, n° 01-03.873 ; Cass. 1re civ., 15 juin 2004, n° 01-02.338 ; Cass. com., 25 janvier 2005, n° 03-14.693 ; Cass. com., 8 février 2005, n° 02-11.044, « Secrets de professionnels », *RTD civ.,* 2005, p. 384

MOURY (J.),

- note sous Cass. com., 17 janvier 2018, n° 16-14.914 ; n° 16-15.022, « Cession d'actions : l'articulation du devoir d'information avec le dol et la bonne foi », *RTD com*., 2018, p. 715

PIMBERT (A.)

- note sous Cass. 2e civ., 8 avril 2004, n° 03-11485, Cass. 2e civ., 15 décembre 2011, n° 10-23889, « l'information et le conseil », in *Les grandes décisions du droit des assurances*, J_M. Do Carmo Silva, D. Krajeski, *LGDJ*, 2022, p. 73

POLLAUD-DULIAN (FR.),

- note sous TGI Paris, 30 avril 2004, « Les rapports de l'exception de copie privée avec les mesures techniques de protection », *RTD com*., 2004, p. 486

PROROK (J.),

- note sous Cass. com., 5 juin 2019, n° 16-10.391, « La détermination du préjudice réparable en cas de dol lors d'une cession de droits sociaux », *Rev. Sociétés,* 2019, p. 742

RACINE (J-B.),

- note sous CA Paris, 25 octobre 2011, n° 10/24023, « La loi Doubin qualifiée de loi de police », *RDC*, 2012, p. 563

RADÉ (C.),

- note sous Cass. 1re civ., 14 mai 1996, n° 94-13.921, « L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés », *JCP G*, n° 12, 19 Mars 1997, doctr. 4009

RAYMOND (G.),

- note sous CA Paris, 13 Avril 2012, n° 09/18 440, « Notion de caractéristiques essentielles », *Contrats. conc. consom*., n° 8-9, Août 2012, comm., 219
- note sous CA Montpellier, 22 mars 2012, « L'origine géographique d'un chiot est-elle une qualité substantielle ? », *Contrats. conc. consom.,* n° 6, Juin 2012, comm., 164
- note sous CA Grenoble, 10 Décembre 2007, n° 05/03977, « Cuisines intégrées et devoir d'information du vendeur », *Contrats. conc. consom.,* n° 6, Juin 2008, comm., 170
- note sous Cass. 1re civ., 30 septembre 2015, n° 14-11.761, « Qualité essentielle du produit ou service », *Contrats. conc. consom*., n° 12, Décembre 2015, comm., 293

REGNAULT (S.),

- note sous Cass. com., 17 mars 2015, n° 13-24.853, « L'étude prévisionnelle fantaisiste fournie par le franchiseur vicie le consentement du franchisé », *AJCA* 2015, p. 286

RIÉRA (A.),

- note sous Cass. com., 25 novembre 2014, n° 13-24.658, « La chance de ne pas être franchisé », *AJCA*, 2015, p. 138

RZEPECKI (N.),

- note sous Cass. 1re civ., 7 décembre 2004, n° 01-11.823, « La méconnaissance des obligations d'information, dispositions d'ordre public, est sanctionnée par la nullité du contrat », *JCP G,* n° 47, 23 novembre 2005, II, p. 10160

TOURNAFOND (O.),

- note sous Cass. 1re civ., 03 mai 2000, n° 98-11.381, Cass. 3e civ., 15 novembre 2000, n° 99-11.203, « Les difficultés d'appréciation du dol émanant de l'acheteur », *D*. 2002, p. 928

VIENNOIS (J-P.),

- note sous CA Versailles, 7 février 2002, n° 99/01548, « Annulation du contrat de franchise pour absence de cause et réticence dolosive », *JCP G,* n° 30, 2003, II, p. 10127

INDEX

(*Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe*)

A

Attractivité 9

Avant-projet

-Catala 9

-Terré 5

B

Bonne foi

-autonomie - obligation d'information - dissimulation intentionnelle 97

-bonne foi négative 92

-bonne foi positive 91

-compréhension de l'information 94

-défaut d'intérêt - obligation d'information 97

-dissimulation intentionnelle 89

-empire de l'obligation d'information et de la dissimulation intentionnelle 98

-exécution de l'obligation d'information 92

-formation du contrat 91

-interdiction de la déloyauté 90

-obligation d'information illimitée 95

-obligation de moyen 93

-obligation de s'informer pour informer 95

-ordre public 107

-portée de la bonne foi 88

-présomption 99

-preuve de la mauvaise foi 99

-principe directeur 87

-règle matricielle des exigences précontractuelles 89

-relevé d'office 100

-transversalité de la bonne foi 87

-valeur de la prestation 96

C

Caractéristiques essentielles du bien ou du service 174

Cession de titres sociaux

-dirigeant et associés 197

Clause abusive 147

Clause de déclaration ..... *V°* Preuve

Clause de force obligatoire de l'information

-jurisprudence 164

-mise en œuvre 163

-notion 161

Clause de rétractation

-mise en œuvre 167

-notion et intérêt 165

Common Law 6

-misrepresentation 6

Compte prévisionnel 193, 194

Concours dans les contrats affaires

-caractère déterminant de l'information 234
-document d'information précontractuelle 234
-droit des sociétés - informations déterminantes 235
-limitation de l'obligation d'information en droit de la distribution 246
-limitation de l'obligation d'information en droit de la distribution - limite..247
-Loi doubin - loi de police.....248
-Loi doubin - loi de police - limite 249
-valeur de la prestation 232
-valeur de la prestation - apaisement.233
Concours dans les contrats de consommation
-caractère déterminant de l'information 236
-déchéance des intérêts et une responsabilité de plein droit 251
-nullité automatique.....250
Concours sur les sanctions en droit des assurances
-fausse déclaration.....252
-restitution des prestations par l'assuré 253
Confiance
-caractérisation de la confiance renforcée.....73
-confiance exagérée.....189
-confiance illégitime.....58
-conflit entre les parties 61
-contrat *ab initio* 60
-contrat de confiance 190
-défaut de confiance..... 189
-défaut de confiance..... 58
-doute sérieux de la personne du créancier..... 59
droit des contrats..... 29
-effective 31
-excès de confiance..... 58
-impossibilité de confiance 60
-légitime..... 30
-notion..... 28
-renonciation 121
Conflit d'obligation d'information dans les contrats d'assurance de courte durée..... 243
Conflit d'obligation d'information dans les contrats d'assurance de grands risques 242
Conflit d'obligation d'information dans les contrats de distribution de bière 240
Conflit d'obligation d'information dans les contrats de distribution sélective 238
Conflit d'obligation d'information dans les contrats de référencement 239
Conflit d'obligation d'information dans les contrats ne consacrant pas l'existence d'un mandat d'intérêt commun 241
Conflit d'obligation d'information *ratione personae* en droit bancaire. 244
Conflit d'obligation d'information *ratione personae* en droit de la consommation 245

Connaissance d'une information
-antérieure....17
-créancier compétent....57
-défaut de connaissance....64, 65
-doute....17
-impossibilité de présomption de connaissance de l'information....62
-inaccessibilité de l'information au débiteur....62
-investigation....17
-limitation....17
-obligation de connaître une information....22
-présomption de connaissance....56
-profane....24
-professionnel....24
-réelle....17
-supposées....17
Contenu du contrat
-ancienne notion d'objet....39
-ancienne notion de cause....38
-application....40
-contrepartie....38
-fonctions abusives de la cause....38
-prestation....40
Contradiction entre ignorance et confiance
-contrats de confiance....35
-résolution....35
-unicité....34
Contrat de confiance.... *V°* Confiance
Contrat de franchise.. 125, 186, 191, 196, 215, 246
Contrats consensuels.... *V°* Preuve
Contrats d'assurance.... 181
-assurances de grands risques.... 183
-charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information.... *V°* Preuve
-contrat d'assurance est de courte durée.... 184
-fiche d'information.... 181
-nullité.... 219
-nullité - absence de texte.... 218
-preuve de l'existence de l'obligation spéciale d'information.... 200
-renforcement de l'obligation d'information de l'assuré.... 182
-renforcement de l'obligation d'information de l'assureur.... 181
-renversement de la charge de la preuve.... *V°* Preuve
Contrats de bière.... *V°* Contrats de distribution
Contrats de consommation
-charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information... *V°* Preuve
-clauses abusives.... *V°* Preuve
-contrats de prestation de service.... 178
-extension de l'obligation d'information à tous les contrats de consommation.... 177
-extension de l'obligation d'information à toutes les informations déterminante.... 179
-information déterminante exclue.... 180
-nullité.... 216
-nullité - vides juridiques.... 217

-preuve de l'existence de l'obligation d'information 200
-renversement de la charge preuve..... *V°* Preuve

Contrats de distribution
-charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information ... *V°* Preuve
-concept novateur 186
-distributeur professionnel.....185
-erreur 223
-extension de l'obligation à tous les contrats d'exclusivité ou de quasi-exclusivité.....169
-extension de l'obligation d'information aux contrats de bière.....170
-extension de l'obligation d'information à toutes informations déterminantes 171
-nullité automatique.....220
-preuve de l'existence de l'obligation d'information 200

Contrats de prestation de service..... *V°* Contrats de consommation

Contrats de transfert de propriété..... *V°* Contrats de consommation

Contrats sur la preuve ..... *V°* Preuve

Créancier de l'obligation d'information
-défaut de connaissance d'une information 65
-erreur 64

Créancier professionnel 56

Critère chronologique
-application 271
-effets 272
-insuffisance..... 273

Critère hiérarchique
-application 268
-effets 269
-insuffisances 270

D

Débiteur de l'obligation d'information 12
-conditions 12
-erreur 64
-se renseigner 22

Degrés de l'obligation d'information précontractuelle
-devoir de conseil..... 13
-devoir de mise en garde..... 13
-devoir de renseignement..... 13
-obligation d'information 13

Devoir d'information..... 11

Devoir de conseil 18, 188

Devoir de mise en garde 18, 187

Devoir de savoir 1

Dissimulation intentionnelle
-appréciation du caractère de déterminant – obligation d'information 77
-appréciation du caractère déterminant de l'information 76
-caractère illégitime de l'ignorance de la victime 84
-changement de circonstances imprévisibles - information déterminante 82

-conditions similaires - obligation d'information.....78
-connaissance de l'influence de l'information dissimulée 79
-ignorance de l'information par la victime.....78
-ignorance illégitime de la victime.....83
-intention de tromper - condition 74
-intention de tromper - distinction.....75
-interdiction la dissimilation intentionnelle - une obligation d'information 80
-obligation information - étendue.....85
-ordre public 105
-rattachement à l'obligation d'information 86
-simples motifs du contrat - information déterminante 81
Document d'information précontractuelle..... 169, 189, 202, 210, 215, 220
Dommage.....*V°* Dommages et intérêts
Dommages et intérêts 149
-dommage.....150
-faute.....149
-lien de causalité.....151
-obligation d'information spéciale – lien de causalité 226
-obligations spéciales d'information - conditions 224
-préjudice réparable.....152
-renonciation.....124

E

Efficacité économique..... 8
Emprunteur averti..... 187

F

Fait pertinent..... *V°* Information déterminante
Fait prévisible..... 18
-connaissances réelles..... 18
-fait futur..... 18
-professionnel 29
Faits existants et actuels 18
Faute..... *V°* Dommages et intérêts

I

Ignorance
-effective 27
-illégitime..... 18, 54
-inaccessibilité de l'information 26
-information à moindre coût 55
-information notoire..... 54
-légitime..... 26
-numérique..... 55
-renonciation 121
Information déterminante
-ambiguïté 46
-but du contrat..... 40, 46
-clause 50
-contrats de consommation 179
-contrats de distribution 171
-difficultés..... 46
-état des personnes..... 47

-fausseté.....48
-information pertinente.....51
-informations ayant un lien direct et nécessaire avec l'aptitude à fournir une prestation 45
-informations ayant un lien direct et nécessaire avec l'état des personnes44
-informations intéressant le consentement des parties.....49
-informations non déterminantes.....48
-notion 36
-notion de lien direct et nécessaire 37
-présomption irréfragable.....49
-prestation.....46
-redéfinition de la notion d'information déterminante 52
-remplacement de la notion d'information déterminante 51
-solutions aux difficultés 49
-standard juridique.....36
-suppression de la présomption irréfragable 53

Information influente
-assentiment.....19
-défaut de connaissance.....65
-détermination 19
-exclusion 21
-modifier le consentement.....20
-objet du contrat 19

Informations déterminantes.....36

L

Lien de causalité *V°* Dommages et intérêts

Lien direct et nécessaire 18, 175

M

Méthode d'articulation..... 2

N

Négociations parallèles 198
Nullité..... 105, 157
-causes..... 157
-effets 159
-ordre public..... 105, 158
-renonciation 123

O

Obligation d'information contractuelle 12
Obligation de s'informer..... 54, 62
-cession de titres sociaux 197
-condition..... 54
-confiance illégitime 184
-confiance non effective 191
-conflit avec le débiteur 192
-doute sur le débiteur 191
-renonciation..... 121
-rentabilité du contrat..... 193

Obligation de s'informer pour informer
-bonne foi..... 95
-contours 23
-coût de l'information 23
-doctrine..... 22
-exclusion..... 23
-initiative de se renseigner 23

-jurisprudence.....22
-présomption de connaissance.....25
-projet de réforme.....22
Obligation d'information explicite
-charge de la preuve 135
-objet de la preuve de l'existence..... *V°* Preuve
-objet de la preuve de l'exécution..... *V°* Preuve
Obligation d'information précontractuelle
-articulation avec la dissimulation intentionnelle.....86
-consécration 2
-droit des sociétés 173
-étendue 15
-évolution 2
-exclusion 22
-faits objectifs.....10
-faits subjectifs 10
-genèse.....1
-information, un bien.....10
-intensification..... *V°* Ordre public
-intention de tromper.....75
-intérêts.....15
-moment du droit à l'information ..... *V°* Ordre public
-notion 10
-problématiques.....14
-rattachement de la dissimulation intentionnelle.....86
-texte définitif.....2
-valeur de la prestation 68
Obligations d'information implicite
charge de la preuve 135
objet de la preuve de l'existence..... *V°* Preuve
Objet de la preuve de l'exécution..... *V°* Preuve
OHADA 7
Ordre public
-application immédiate 109
-application immédiate de l'obligation d'information..... 109
-bonne foi..... 107
-caractère non équivoque de la renonciation 120
-clause d'extension de l'obligation d'information..... 125
-clause déterminant les informations à fournir 129
-clause sur la preuve 130
-contrat sur la preuve ..... *V°* Preuve
-dissimulation intentionnelle 105
-doute sur le relevé d'office..... 114
-effet de la renonciation 121
-effets légaux du contrat 109
-explicitation - intérêt 131
-extension instantanée..... 126
-intensification 127
-interdiction de limiter 103
-interdiction d'exclure 104
-interprétation du juge du droit nouveau 111
-liberté de renonciation 119
-limite de survie de la loi ancienne ... 111
-lois de police..... 115
-mauvaise foi 107

-modulation du juge 112
-modulation du juge des effets de la nouvelle loi 112
-moment du droit à l'information 118
-nullité 158
-obligation d'information explicite 101
-obligation d'information implicite....102
-ordre public de protection 117
-ordre public impérieux 110
-ordre public international 116
-portée de la bonne foi 108
-pratique contractuelle - dissimulation intentionnelle 106
-préconstitution de preuve 132
-relevé d'office 113
-renforcement du domaine de l'obligation d'information 131
-renversement de la charge de la preuve -obligation spéciale d'information .202

P

Perte de chance
-difficultés 155
-évaluation 154
-jurisprudence 153
-obligations spéciales d'information ..228
-obligations spéciales d'information - difficultés 230
-obligations spéciales d'information - évaluation 230
-obligations spéciales d'information - préjudice réparable 229
-obligations spéciales d'information - préjudices concurrents 231
Préjudice ..... *V°* Dommages et intérêts
Préjudice d'impréparation 156
Présomption de connaissance 24
-principe d'égalité 24
-restauration 25
Présomption de faute
preuve 205
Preuve
-charge de la preuve 133
-charge de la preuve de l'exécution - obligations d'information explicite et implicite 135
-charge exclusive de la preuve de l'exécution d'une obligation spéciale sur le débiteur 204
-clauses abusives 214
-clauses de déclaration 212
-contrat sur la preuve 145, 145
-contrats consensuels 213
-contrats sur la preuve 215
-exécution de l'obligation d'information - charge 135
-existence d'une obligation d'information - charge 133
-faible force probante 143
-fait négatif 136
-force probante dans les obligations spéciales d'information 209
-formalisme *ad validitatem* 210
-forte force probante 141
-impossibilité de preuve 201

-liberté de la preuve dans les obligations spéciales - limites 210
-liberté de la preuve dans les obligations spéciales d'information.....208
-liberté de la preuve et formalisme....211
-limites de la préconstitution de preuve 209
-objet de la preuve de l'existence d'une obligation d'information implicite 138
-objet de la preuve de l'exécution - obligation d'information explicite .139
-objet de la preuve de l'exécution - Obligations d'information implicite 140
-objet de la preuve de l'existence d'une obligation d'information explicite .137
-préconstitution de preuve.....132
-preuve de l'existence d'une obligation d'information prévue par la loi 200
-preuve de l'existence d'une obligation spéciale d'information 200
-preuve de l'existence d'une obligation spéciale d'information non prévue par loi.....201
-preuve diabolique -obligation spéciale d'information 203
-preuve d'un fait négatif.....134
-renversement de la charge de la preuve en droit spécial 202
-simplicité de la preuve de l'existence d'une obligation d'information spéciale 200
Projet de réforme de la chancellerie....10
Projets européens des contrats.....4
-Cadre Commun de Référence..... 4
-Code Gandolfi 4
-directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs 4
-Principes Lando 4

Q

Qualité de créancier
preuve 200
Qualité des parties 41, 175
application..... 44
aptitude d'une partie 43
état des personnes 41, 47
informations ayant un lien direct et nécessaire avec l'aptitude à fournir une prestation..... 45
informations ayant un lien direct et nécessaire avec l'état des personnes44

R

Relations de confiance 33
Renforcement des obligations spéciales d'information
-contrats de consommation .. *V°* Contrats de consommation
-contrats de distribution ... *V°* Contrats de distribution
-contrat d'assurance..... 181
-droit des sociétés 173
Rentabilité du contrat..... 193, 193
-erreur sur la rentabilité - admission . 196
-erreur sur la rentabilité - indifférence 195

Réticence dolosive..... *V°* Dissimulation intentionnelle
Rétrocession 199
Rupture du contrat..... *V°* Contrats de distribution

S

Sanctions
-contractuelles 161
-légales 149
Specialia generalibus derogant.....254
-application - subsidiarité 259
-conditions - incompatibilité 256
-conditions - protection de personne identique 254
-conditions - protection d'intérêts similaires 250
-effet de la réforme - liberté contractuelle 267
-effet de la réforme - prévisibilité de la règle de conflit.....266
-effets - impossibilité de cumul.....257
-effets - impossibilité d'option.....258
-insuffisance - imprécision des règles pouvant entrer en conflit 261
-insuffisance - imprécision du critère d'identification du conflit.....260
-insuffisance - méconnaissance des objectifs du législateur.....262
-insuffisance - méconnaissance de la liberté contractuelle 263
-réforme - définir la nature des règles particulières.....265
-réforme - instauration d'un critère d'identification des conflits.....264

V

Valeur de la prestation
-application 68
-bonne foi.....96
-cession des titres sociaux.....197
-confiance renforcée entre les parties .72
-exclusion.....69
-lésion 70
-notion d'estimation.....66
-prix approximatif.....66
-rescision pour lésion.....71
-valeur d'échange.....67, 69
-valeur d'utilité 62
Vices du consentement 148, 157, 222
-charge de la preuve.....206

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS **1**

LA LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS ..... **VII**

SOMMAIRE ..... **XI**

INTRODUCTION GÉNÉRALE **1**

PARTIE I : LES NOUVEAUX VISAGES DE L'OBLIGATION D'INFORMATION. ***25***

TITRE I : L'ÉVOLUTION DES FONDEMENTS **26**

CHAPITRE I : L'OBLIGATION D'INFORMATION EXPLICITE **27**

Section 1 : L'obligation d'informer 27

§1 : Les conditions tenant aux parties 27

A. Les conditions tenant au débiteur 28

1. L'exposé des conditions pesant sur le débiteur 28

a. La connaissance d'une information 28

b. La connaissance de l'influence de l'information sur le consentement du créancier 30

2. Les limites des conditions pesant sur le débiteur 32

a. L'exclusion de l'obligation de s'informer pour informer 32

b. L'exclusion de la présomption de connaissance d'une information 35

B. Les conditions tenant au créancier 38

1. L'exposé des conditions pesant sur le créancier 38

a. L'ignorance légitime du créancier 38

b. La confiance légitime du créancier 41

2. Les limites des conditions pesant sur le créancier 44

a. L'exposé des limites 44

b. Les solutions aux difficultés pesant sur les conditions du créancier 46

§2 : Les conditions tenant à l'information 48

A. L'exigence d'informations déterminantes pour le consentement 48

1. Les informations en lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat 51

a. La notion de contenu du contrat 51

b. L'application de la notion de contenu du contrat à l'obligation d'information 54
2. Les informations en lien direct et nécessaire avec la qualité des parties 56
a. La notion de qualité des parties 56
b. L'application de la notion de qualité des parties à l'obligation d'information 59
B. Les difficultés liées à la notion d'information déterminante 61
1. L'exposé des difficultés liées à la notion d'information déterminante . 61
a. L'ambiguïté de la notion d'information déterminante 62
b. La fausseté de la notion d'information déterminante 64
2. Les solutions aux difficultés liées à la notion d'information déterminante 66
a. Les solutions proposées par la doctrine 66
b. Les autres solutions possibles 68
Section 2 : L'obligation de s'informer 69
§1 : Les conditions tenant aux parties 70
A. Les conditions pesant sur le créancier 70
1. Le défaut d'ignorance légitime du créancier 70
a. L'accessibilité de l'information au créancier 71
b. La présomption de connaissance de l'information par le créancier 74
2. Le défaut de confiance légitime du créancier 75
a. La déduction du défaut de confiance du créancier 76
b. L'impossible confiance du créancier au débiteur 77
B. Les conditions pesant sur le débiteur 78
1. Le défaut de connaissance de l'information 78
a. Le défaut de connaissance de l'information par le débiteur 79
b. Le défaut de connaissance de l'information par le débiteur à cause du créancier 80
2. Le défaut de connaissance de l'influence de l'information 81
§2 : Les conditions tenant à l'information 81
A. L'exclusion de l'obligation d'information sur l'estimation de la valeur de la prestation 82
1. La notion d'estimation de la valeur de la prestation 82

2. L'application de la notion d'estimation de la valeur de la prestation à l'obligation d'information 84
B. La relativité de l'exclusion de l'information sur la valeur de la prestation 86
1. L'admission exceptionnelle de la lésion, une limite à l'exclusion de l'information sur l'estimation de la valeur de la prestation 86
2. L'obligation de loyauté renforcée, une limite à l'exclusion de l'information sur l'estimation de la valeur de la prestation 89
CONCLUSION DU CHAPITRE I 91
CHAPITRE II : LES OBLIGATIONS D'INFORMATION IMPLICITE 93
Section 1 : L'obligation d'information tirée de la dissimulation intentionnelle 93
§1 : L'interdiction de la dissimulation intentionnelle dans la phase précontractuelle 94
A. L'autonomie de la dissimulation intentionnelle 94
1. L'exigence d'une intention de tromper 94
2. L'exigence d'un caractère déterminant de l'information dissimulée 96
B. La dissimulation intentionnelle, une obligation d'information implicite. 98
1. L'application des conditions de l'obligation d'information à la dissimulation intentionnelle 99
2. L'interdiction de la dissimulation intentionnelle, une autre forme d'obligation d'information 100
§2 : L'apport de l'interdiction de la dissimulation intentionnelle à l'intégrité du consentement des parties 102
A. L'interdiction de la dissimulation intentionnelle, une obligation d'information illimitée 102
1. L'absence de définition de la notion d'information déterminante dans la dissimulation intentionnelle 102
2. L'absence d'exigence d'ignorance légitime de l'information dans la dissimilation intentionnelle 105
B. L'interdiction de la dissimulation intentionnelle, une obligation d'information illimitée à relativiser 107
1. Le caractère plus étendu de l'obligation d'information explicite par rapport à la dissimulation intentionnelle 107

2. Le caractère incontournable du rattachement de la dissimulation à l'obligation d'information 108
Section 2 : L'obligation d'information tirée de la bonne foi 110
§1 : L'exigence de la bonne foi dans la phase précontractuelle 111
A. La bonne foi, une exigence précontractuelle autonome 111
1. La bonne foi, un principe directeur en droit des contrats 111
2. La bonne foi, une règle matricielle des exigences précontractuelles .. 115
B. La bonne foi, une obligation d'information implicite 117
1. L'obligation de former les contrats de bonne foi 118
2. L'obligation d'exécuter le devoir d'information de bonne foi 120
§2 : L'apport de la bonne foi à l'intégrité du consentement des parties 121
A. La bonne foi, une obligation d'information illimitée 122
B. La bonne foi, une obligation d'information dépassée 124
1. L'autonomie du devoir d'information et de la dissimulation intentionnelle 125
2. Le difficile établissement de la mauvaise foi 127
CONCLUSION DU CHAPITRE II 129
CONCLUSION DU TITRE I 131
TITRE II : L'ÉVOLUTION DES RÉGIMES 133
CHAPITRE I : L'ORDRE PUBLIC DANS LES OBLIGATIONS D'INFORMATION 134
Section I : L'omniprésence de l'ordre public dans les obligations d'information en droit commun 134
§1 : Les manifestations de l'ordre public dans les obligations d'information de droit commun 135
A. L'ordre public dans l'obligation d'information explicite 135
1. La notion d'ordre public dans l'obligation d'information explicite ... 135
2. L'application de la notion d'ordre public dans l'obligation d'information explicite 137
B. L'ordre public dans les obligations d'information implicite 139
1. L'ordre public dans la dissimulation intentionnelle 139
2. L'ordre public dans la bonne foi 141
§2 : L'application des obligations d'information de droit commun d'ordre public 143

A. L'application des obligations d'information de droit commun dans le temps 143
1. L'application du principe de survie de la loi ancienne 144
2. La relativité de l'application du principe de survie de la loi ancienne 147
B. L'application des obligations d'information de droit commun par le juge 150
1. L'application des obligations d'information de droit commun sur le plan interne 150
2. L'application des obligations d'information de droit commun sur le plan international 153
Section 2 : La relativité de l'omniprésence de l'ordre public dans les obligations d'information en droit commun 156
§1 : La possibilité de renoncer aux obligations d'information précontractuelle 156
A. Les conditions de la renonciation aux obligations d'information 157
1. L'acquisition préalable d'un droit à l'information 157
2. La libre renonciation à l'information 159
B. Les effets de la renonciation aux obligations d'information 160
1. L'inexistence d'une obligation d'information 160
2. L'inexistence d'une action en justice pour inexécution de l'obligation d'information 162
§2 : La possibilité d'aménager les obligations d'information précontractuelle 163
A. La possibilité d'intensifier les obligations d'information 163
1. Les modalités d'intensification des obligations d'information 163
2. Les risques liés à l'intensification des obligations d'information 165
B. La possibilité d'expliciter les obligations d'information précontractuelle 167
1. Les modalités d'explicitation des obligations d'information 167
2. L'intérêt de l'explicitation des obligations d'information 169
CONCLUSION DU CHAPITRE I 172
CHAPITRE II : LA PREUVE ET LES SANCTIONS DES OBLIGATIONS D'INFORMATION 174
Section 1 : La preuve dans les obligations d'information 174
§1 : Le fardeau de la preuve 174

A. La charge de la preuve 175
1. La charge de la preuve de l'existence de l'obligation d'information.. 175
2. La charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information . 178
B. L'objet de la preuve 181
1. L'objet de la preuve de l'existence de l'obligation d'information 181
2. L'objet de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information 183
§2 : L'administration de la preuve 185
A. La liberté de la preuve 185
1. Les preuves à forte force probante 185
2. Les preuves à faible force probante 187
B. La possibilité de contrat sur la preuve 188
1. L'intérêt d'un contrat sur la preuve 188
2. Les risques d'un contrat sur la preuve 190
Section 2 : Les sanctions des obligations d'information 192
§1 : Les sanctions légales des obligations d'information de droit commun 192
A. L'allocation de dommages et intérêts 193
1. Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité du fait de l'information 193
2. Le préjudice réparable en cas de manquement à une obligation d'information 197
B. La nullité du contrat 203
1. Les causes de la nullité du contrat 203
2. Les effets de la nullité du contrat 207
§2 : Les sanctions contractuelles des obligations d'information 210
A. La clause de force obligatoire de l'information 211
1. La notion et l'intérêt de la clause de force obligatoire de l'information 211
2. La mise en œuvre de la clause de force obligatoire de l'information . 213
B. La clause de rétractation 216
1. La notion et l'intérêt de la clause de rétractation 216
2. La mise en œuvre de la clause de rétractation 219
CONCLUSION DU CHAPITRE II 222
CONCLUSION DU TITRE II 224
CONCLUSION DE LA PARTIE I 226

PARTIE II : LES NOUVEAUX CHAMPS DE L'OBLIGATION D'INFORMATION *229*

TITRE I : LES COMPLÉMENTARITÉS ENTRE DROIT COMMUN ET DROITS SPÉCIAUX 230

CHAPITRE I : LE RENFORCEMENT DU DOMAINE DES OBLIGATIONS SPÉCIALES D'INFORMATION 231

§1 : Le renforcement des obligations d'information dans les contrats d'affaires 231

A. Le renforcement de l'obligation d'information dans les contrats de distribution 232

1. L'extension de l'obligation d'information à tous les contrats de distribution 232

2. L'extension de l'obligation d'information à toutes les informations déterminantes 237

B. Le renforcement de l'obligation d'information en droit des sociétés 240

1. L'extension des fondements de l'obligation d'information en droit des sociétés 240

2. L'extension du domaine de l'obligation d'information en droit des sociétés 242

§2 : Le renforcement des obligations d'information consumériste 244

A. Le renforcement des obligations d'information prévues par le Code de la consommation 246

1. L'extension de l'obligation d'information à tous les contrats de consommation 246

2. L'extension de l'obligation d'information consumériste à toutes les informations déterminantes 250

B. Le renforcement des obligations d'information du droit des assurances 254

1. L'extension de l'obligation d'information à des faits non visés par le droit des assurances 254

2. L'extension de l'obligation d'information à des contrats non visés par le droit des assurances 257

Section II : Les complémentarités sur l'obligation de s'informer 260

§1 : La généralisation du devoir de s'informer découlant de la situation du créancier 260

A. La généralisation de l'obligation de s'informer en cas d'ignorance illégitime 260
1. L'obligation pour le distributeur professionnel de s'informer 261
2. L'obligation pour l'emprunteur averti de s'informer 264
B. La généralisation de l'obligation de s'informer en cas de défaut de confiance au débiteur 267
1. L'obligation de s'informer du créancier en cas de confiance illégitime 267
2. L'Obligation de s'informer du créancier en cas de confiance non effective. 268
§2 : La généralisation de l'obligation de s'informer découlant de la nature de l'information 270
A. L'obligation de s'informer sur la rentabilité du contrat en droit de la distribution 270
1. L'exclusion de la délivrance d'un compte prévisionnel 271
2. L'exclusion de l'erreur sur la rentabilité économique 273
B. L'obligation de s'informer lors de la cession de titres sociaux 276
1. L'exclusion de l'obligation d'information sur la valeur des titres sociaux entre associés 276
2. L'exclusion de l'obligation d'information sur les négociations parallèles 277
CONCLUSION DU CHAPITRE I 279
CHAPITRE II : LES CONSOLIDATIONS DU RÉGIME DES OBLIGATIONS SPÉCIALES D'INFORMATION 281
Section I : La consolidation du régime de la preuve des obligations spéciales d'information 281
§1 : La consolidation du fardeau de la preuve 281
A. L'obligation pour le créancier de prouver l'existence de l'obligation spéciale d'information 282
1. La simplification de la preuve de l'existence des obligations spéciales d'information 282
2. L'impossibilité de renverser la charge de la preuve dans les obligations spéciales d'information 285

B. L'obligation pour le débiteur de prouver l'exécution de l'obligation spéciale d'information 288
1. L'obligation probatoire du débiteur en cas de manquement à une simple obligation d'information 288
2. L'obligation probatoire du débiteur en cas de vice de consentement . 291
§2 : La consolidation des modes de preuve 294
A. La réaffirmation de la liberté de la preuve dans les obligations spéciales d'information 294
1. L'incarnation de la liberté de la preuve dans les obligations spéciales d'information. 295
2. Les limites de la réaffirmation de la liberté de la preuve dans les obligations spéciales d'information 297
B. La possibilité de se préconstituer une preuve dans les obligations spéciales d'information 300
1. La préconstitution de preuve dans les obligations spéciales d'information 300
2. Les limites de la préconstitution de preuve dans les obligations spéciales d'information 302
Section II : La consolidation des sanctions des obligations spéciales d'information 305
§1 : La consolidation de la nullité du contrat dans les obligations spéciales d'information 305
A. La consolidation de la possibilité de nullité dans les contrats de consommation 305
1. La nullité du contrat de consommation 305
2. La nullité du contrat d'assurance 308
B. La consolidation de la possibilité de nullité dans les contrats d'affaires 311
1. La réaffirmation de l'exclusion de la nullité automatique 311
2. La réaffirmation de la nécessité d'un vice du consentement 314
§2 : La consolidation de l'allocation de dommages et intérêts dans les obligations spéciales d'information 317
A. La consolidation de l'identité des conditions de l'allocation des dommages et intérêts 318
1. L'exigence des conditions classiques de la responsabilité civile 318

2. Les limites de l'exigence des conditions classiques de la responsabilité 321
B. La consolidation de l'identité du préjudice réparable 323
1. La réparation de la perte de chance 324
2. Les difficultés liées à la réparation de la perte de chance 326
CONCLUSION DU CHAPITRE II 328
CONCLUSION DU TITRE I 330
TITRE II : LES CONFLITS ENTRE DROIT COMMUN ET DROITS SPÉCIAUX 332
CHAPITRE I : L'IDENTIFICATION DES CONFLITS 333
Section I : Les concours sur l'étendue des obligations d'information précontractuelle 333
§1 : Les concours sur le contenu de l'obligation d'information 334
A. Les concours dans les contrats d'affaires 334
1. Les concours sur l'information sur la valeur 334
2. Les concours sur le caractère déterminant de l'information 337
B. Les concours dans les contrats consuméristes 340
1. Les concours sur l'information sur la valeur 341
2. Les concours sur le caractère déterminant de l'information 341
§2 : Les concours sur les contrats soumis à une obligation d'information 343
A. Les concours dans les contrats d'affaires 343
1. Le concours des obligations d'information dans les contrats de distribution dépourvus d'exclusivité ou de quasi-exclusivité 344
2. Le concours des obligations d'information dans les contrats de distribution dépourvus d'une mise à disposition ou d'un intérêt commun 347
B. Les concours dans les contrats de consommation 350
1. Le concours des obligations d'information dans les contrats d'assurance 351
2. Le concours d'obligation d'information dans les contrats bancaires et consuméristes 353
Section II : Les concours sur le régime des obligations d'information 356
§1 : Les concours sur l'ordre public 357
A. Le concours sur l'intangibilité de l'obligation d'information 357

B. Le concours sur le caractère de loi de police de l'obligation d'information 361
§2 : Les concours sur les sanctions 364
A. Les concours sur les sanctions en droit de la consommation 365
B. Les concours sur les sanctions en droit des assurances 368
CONCLUSION DU CHAPITRE I 371
CHAPITRE II : LA RÉSOLUTION DES CONFLITS 373
Section I : La solution consacrée pour la résolution des conflits 374
§1 : La specialia *generalibus derogant* 374
A. Les conditions d'application de la *specialia generalibus derogant* 375
1. Les conditions tenant à la finalité des obligations d'information 375
2. Les conditions tenant à l'applicabilité des obligations d'information 377
B. Les effets de la *specialia generalibus derogant* 379
1. L'éviction de l'obligation d'information de droit commun 380
2. L'application d'office de l'obligation spéciale d'information 382
§2 : Les insuffisances de la *specialia generalibus derogant* 384
A. L'exposé des insuffisances de la *specialia generalibus derogant* 384
1. Le caractère imprécis des conditions d'application de la *specialia generalibus derogant* 385
2. Le caractère statique de la specialia *generalibus derogant* 387
B. La réforme de la specialia generalibus derogant 389
1. Les points à réformer dans la *specialia generalibus derogant* 390
2. Les effets de la réforme de la *specialia generalibus derogant* 392
Section II : Les solutions concurrentes pour la résolution des conflits 394
§1 : Le critère hiérarchique 394
A. La mise en œuvre du critère hiérarchique 394
A. Les insuffisances du critère hiérarchique 396
§2 : Le critère chronologique 397
A. La mise en œuvre du critère chronologique 397
B. Les insuffisances du critère chronologique 399
CONCLUSION DU CHAPITRE II 400
CONCLUSION DU TITRE II 401
CONCLUSION DE LA PARTIE II 403
CONCLUSION GÉNÉRALE 406

BIBLIOGRAPHIE **413**

INDEX **459**

TABLE DES MATIÈRES **469**