

CRFPA 2022



FASCICULE DE COURS
DROIT DES OBLIGATIONS

Le contrat

Introduction – Le contrat	9
Chapitre 1 : La notion de contrat	11
Chapitre 2 : L’application de la loi dans le temps	12
Section 1 : Le principe de survie de la loi ancienne	12
I- L’ordonnance du 10 février 2016	12
II- La loi de ratification du 20 avril 2018	13
Section 2 : L’application du nouveau droit par anticipation	13
Chapitre 3 : La classification des contrats	17
Section 1 : Le contrat synallagmatique et le contrat unilatéral.	17
Section 2 : Le contrat à titre onéreux et le contrat à titre gratuit	18
Section 3 : Le contrat commutatif et le contrat aléatoire	18
Section 4 : Le contrat consensuel, le contrat solennel et le contrat réel	19
Section 5 : Le contrat de gré à gré et le contrat d’adhésion	20
Section 6 : Le contrat cadre	22
Section 7 : Le contrat instantané et le contrat à exécution successive	22
TITRE I : LA FORMATION DU CONTRAT : LA PERIODE PRECONTRACTUELLE 24	
Chapitre 1 : La rencontre des volontés	24
Section 1 : Les négociations	24
I- La liberté contractuelle régissant les négociations	24
II- La rupture fautive des négociations	25
Section 2 : La rencontre de l’offre et de l’acceptation	26
I- L’offre	27
A- <i>Les caractères de l’offre</i>	27
B- <i>Le régime de l’offre</i>	29
1) <i>La rétractation de l’offre</i>	29
2) <i>La caducité de l’offre</i>	30
II- L’acceptation	30
A- <i>La forme de l’acceptation</i>	31
B- <i>La portée de l’acceptation</i>	32
Section 3 : La bonne foi et les obligations d’information précontractuelles	33
I- Les obligations d’information, de conseil et de mise en garde jurisprudentielles	

II-	La consécration formelle d'une obligation d'information de droit commun	35
A-	<i>Les conditions de mise en œuvre du devoir d'information</i>	36
B-	<i>Les sanctions du manquement au devoir d'information</i>	36
III-	La bonne foi.....	37
	Chapitre 2 – Les avant-contrats	39
	Section 1 : Le pacte de préférence	39
I-	La qualification du pacte de préférence	39
A-	<i>La nature du pacte de préférence</i>	39
B-	<i>Les conditions de validité du pacte de préférence</i>	40
1)	<i>Une chose</i>	40
2)	<i>L'absence d'exigence d'un prix</i>	40
3)	<i>Le délai</i>	40
II-	Le régime du pacte de préférence	41
A-	<i>L'exécution normale du pacte de préférence</i>	41
B-	<i>La violation du pacte de préférence</i>	41
III-	Les sanctions de l'inexécution du pacte de préférence.....	42
A-	<i>Les sanctions classiques de la violation du pacte de préférence</i>	42
1)	<i>Les sanctions envers le souscripteur</i>	42
2)	Les sanctions envers le tiers acquéreur	43
B-	<i>L'action interrogatoire</i>	44
	Section 2 : La promesse unilatérale	44
I-	La formation de la promesse unilatérale	45
A-	<i>La nature de la promesse unilatérale</i>	45
B-	<i>Les conditions de fond de la promesse unilatérale de vente</i>	45
C-	<i>Les conditions de forme de la promesse unilatérale de vente immobilière</i>	46
II-	Le régime de la promesse unilatérale	47
III-	Les sanctions de la violation de la promesse unilatérale	47
A-	<i>Les sanctions sous l'ancien droit</i>	47
1)	<i>La rétractation du promettant postérieure à la levée d'option par le bénéficiaire</i> 48	
2)	<i>La rétractation du promettant avant la levée d'option</i>	48
B-	<i>Les sanctions depuis la réforme</i>	49
1)	<i>La révocation de la promesse pendant le délai</i>	49
2)	<i>La conclusion du contrat promis avec un tiers</i>	50
	Section 3 : La promesse synallagmatique de vente	51

Section 4 : Les conflits entre avant-contrats	51
I- Le pacte de préférence face à une promesse synallagmatique de vente.....	52
II- Le pacte de préférence face à une promesse unilatérale de vente	52
Chapitre 3 : Les particularités du contrat électronique.....	53
TITRE II – LE CONTRAT VALABLEMENT FORME	55
Chapitre I – L’existence d’un consentement.....	55
Section 1 : La capacité à contracter	55
I- Les cas d’incapacité	56
A- <i>Les mineurs</i>	56
B- <i>Les majeurs incapables</i>	58
C- <i>Les règles spécifiques pour le régime de l’action et ses effets</i>	61
II- L’insanité d’esprit	62
A- <i>Définition de l’insanité d’esprit</i>	62
B- <i>Conséquences de l’insanité d’esprit</i>	62
Section 2 : Les vices du consentement	63
I- Le consentement donné par erreur	64
A- <i>Les conditions de l’erreur vice du consentement</i>	64
1) <i>L’erreur commise par l’un des cocontractants</i>	64
2) <i>L’erreur sur les qualités essentielles de la prestation ou de la personne</i>	65
3) <i>L’erreur déterminante du consentement</i>	67
4) <i>L’erreur excusable</i>	67
5) <i>L’ignorance de la réalité au moment de la conclusion du contrat</i>	68
B- <i>Les erreurs indifférentes</i>	68
1) <i>L’erreur sur les motifs</i>	69
2) <i>L’erreur sur la valeur</i>	69
C- <i>La sanction de l’erreur vice du consentement</i>	71
II- Le dol.....	71
A- <i>La caractérisation du dol</i>	71
1) <i>L’élément matériel du dol</i>	72
2) <i>L’élément intentionnel du dol</i>	73
3) <i>L’erreur provoquée</i>	74
4) <i>L’erreur provoquée ignorée au moment de la conclusion du contrat</i>	76
B- <i>Le dol émanant du cocontractant</i>	76
C- <i>Les sanctions du dol</i>	76

III-	La violence	77
A-	<i>La caractérisation de la violence vice du consentement</i>	77
B-	<i>La personne exerçant la violence</i>	79
C-	<i>Les sanctions de la violence</i>	80
	Section 3 : La représentation	80
	Chapitre II – Le contenu contrat	83
	Section 1 : L’objet et la cause comme conditions de validité avant la réforme	83
I-	L’objet	83
A-	<i>Un objet certain et déterminé</i>	84
B-	<i>Un objet licite et dans le commerce</i>	85
II-	La cause	86
A-	<i>La cause de l’obligation : l’existence de la cause</i>	86
1)	<i>L’appréciation de la cause de l’obligation</i>	86
2)	<i>La cause de l’obligation dans les contrats synallagmatiques : la sanction du prix dérisoire</i>	89
3)	<i>Les clauses privant de substance l’obligation essentielle du débiteur : des clauses réputées non écrites pour absence de cause</i>	91
4)	<i>La fausse cause</i>	92
B-	<i>La licéité de la cause : la cause du contrat</i>	92
	Section 2 : Le contenu du contrat : la validité du contrat après la réforme	94
I-	La conformité du contrat à l’ordre public	95
II-	La prestation déterminée ou déterminable	96
A-	<i>Une prestation présente ou future</i>	96
B-	<i>La question du prix dans les contrats</i>	96
III-	La question de l’équilibre du contrat	98
	<i>Les clauses abusives dans les contrats d’adhésion</i>	99
	Chapitre III : La sanction du défaut de validité du contrat : La nullité	104
	Section 1 : La définition des nullités relative et absolue	104
I-	La théorie classique de la nullité	104
II-	L’adoption légale de la théorie moderne des nullités	105
	Section 2 : Le régime des nullités	106
I-	Le régime de la nullité absolue	106
II-	Le régime de la nullité relative	107
	Section 3 : Les effets de la nullité	108
I-	L’anéantissement total du contrat	109

II-	La nullité partielle	112
	Section 4 : La caducité	112
	Titre III – Les effets du contrat	113
	Chapitre I – Les effets entre les parties : la loi des parties	113
	Section 1 : L’exécution du contrat par les parties	113
I-	L’exécution intégrale de bonne foi	113
II-	La révision pour imprévision	118
	Section 2 : La force obligatoire du contrat à l’égard du juge	122
	Chapitre II – Les effets à l’égard des tiers	124
	Section 1 : L’effet relatif du contrat	124
I-	La portée de l’effet relatif	124
A.	<i>La définition</i>	124
B.	<i>Les chaînes de contrats</i>	124
C.	<i>Les ensembles contractuels indivisibles</i>	129
D.	<i>Le préjudice subi par un tiers au contrat</i>	132
II-	Les tempéraments légaux à l’effet relatif	134
A-	<i>La stipulation pour autrui</i>	134
B-	<i>La promesse de porte fort</i>	137
C-	<i>La simulation</i>	138
	Section 2 : L’opposabilité du contrat	139
	Titre IV – L’inexécution du contrat	141
	Chapitre liminaire – La mise en demeure	141
	Section 1 : La mise en demeure du débiteur	141
	Section 2 : La mise en demeure du créancier	142
	Chapitre I – Les sanctions de l’inexécution	144
	Section 1 : L’exception d’inexécution	144
	Section 2 : L’exécution forcée	146
I-	Le principe de l’exécution forcée en nature	146
II-	Les limites à l’exécution forcée en nature	149
	Section 3 : La réduction du prix	150
A-	<i>La réduction du prix du 1^{er} octobre 2016 au 30 septembre 2018</i>	150
B-	<i>La réduction du prix depuis le 1^{er} octobre 2018</i>	151
	Section 4 : La résolution du contrat	152

I-	Les différentes formes de résolution	152
A-	<i>La clause résolutoire</i>	152
B-	<i>La résolution unilatérale</i>	154
C-	<i>La résolution judiciaire</i>	155
II-	Les effets de la résolution.....	156
	Chapitre II – La mise en œuvre de la responsabilité contractuelle.....	158
	Section 1 : Les conditions de la responsabilité contractuelle	158
I-	Le dommage réparable	159
II-	L'inexécution contractuelle à l'origine du dommage.....	161
A-	<i>L'obligation de moyens</i>	161
B-	<i>L'obligation de résultat</i>	162
C-	<i>Le critère de distinction entre obligation de résultat et obligation de moyens</i>	163
III-	La mise en demeure	166
	Section 2 : Les aménagements conventionnels de la réparation	166
I-	Les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité	167
II-	La faute dolosive et la faute lourde	Erreur ! Signet non défini.
III-	Les clauses pénales	169
	Section 3 : Les causes d'exonération de la responsabilité contractuelle	172
I-	La force majeure et ses conséquences	172
A-	<i>La force majeure</i>	172
B-	<i>La charge des risques</i>	174
II-	Le fait du créancier.....	177
	TITRE V : LES QUASI-CONTRATS	180
	Chapitre 1 : La gestion d'affaires	181
	Section 1 : Les conditions de la gestion d'affaires	181
	Section 2 : Les effets de la gestion d'affaires	182
	Synthèse sur la gestion d'affaires (art. 1301 à 1301-5 du C. civ.)	183
	Chapitre 2 : Le paiement de l'indu	185
	Section 1 : Les conditions de qualification et les effets du paiement de l'indu	185
	Section 2 : Le régime de l'action en cas de paiement de l'indu	186
	Section 3 : Les restitutions résultant du paiement de l'indu (art. 1352 à 1352-9 C. civ.)	187
	Chapitre 3 : L'enrichissement injustifié	188
	Section 1 : Les conditions de l'enrichissement injustifié	188

I-	Un enrichissement et un appauvrissement corrélatif.....	188
II-	Un enrichissement injustifié.....	189
III-	Une action subsidiaire	190
	Section 2 : Les effets de l'enrichissement injustifié.....	191
	Chapitre 4 : Les loteries publicitaires et la catégorie ouverte des quasi-contrats....	192
	Section 1 : Les conditions du quasi-contrat de loterie publicitaire	192
	Section 2 : Les effets du quasi-contrat de loterie publicitaire.....	193

Le droit des contrats est l'une des pierres angulaires du droit des obligations. Une obligation est un lien de droit unissant un créancier et un débiteur en vertu duquel le créancier peut exiger quelque chose du débiteur.

L'obligation civile est coercitive. Le créancier va pouvoir poursuivre l'exécution de son obligation en justice et bénéficier de la contrainte étatique. Elle s'oppose à l'obligation naturelle.

L'obligation naturelle qui n'est pas coercitive. Elle procède davantage d'un devoir moral, d'un devoir de conscience. On ne peut poursuivre son exécution en justice et on ne peut sanctionner son inexécution.

Elle peut néanmoins produire certains effets. En effet, **l'engagement d'exécuter** une obligation naturelle la transforme en obligation civile. De même, **exécuter volontairement** une obligation naturelle la transforme en obligation civile.

L'article 1100 nouveau du Code civil consacre ces différentes notions et dispose que « *les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi. Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui* ».

Ainsi, avec la loi, la responsabilité délictuelle et les quasi-contrats, le contrat est l'une des sources des **obligations civiles**.

S'agissant des faits juridiques, qui sont « *des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit* » (art. 1100-2 C. civ.), ils feront l'objet du Tome II.

Le contrat appartient quant à lui à la catégorie des **actes juridiques**. La codification d'un droit des contrats au sein du Code civil date de 1804. Longtemps demeurées inchangées, les règles applicables ont alors fait l'objet d'adaptations jurisprudentielles. Afin de rendre le droit des contrats français plus attractif aux yeux des investisseurs étrangers et d'offrir une meilleure accessibilité du droit, le législateur devait entamer une grande réforme en la matière. Après un long processus d'élaboration, le droit des contrats a été modifié par l'ordonnance du 10 février 2016. Celle-ci consacre souvent les règles jurisprudentielles élaborées durant deux siècles, mais introduit également de grands changements avec notamment, pour les plus emblématiques, la disparition de la cause, la fin de la jurisprudence *Consorts Cruz* en matière de promesses unilatérales de vente et l'avènement de la révision pour imprévision par le juge civil.

Ce nouveau droit s'applique aux contrats conclus à partir du 1^{er} octobre 2016 (cf. *infra* chapitre 2 de l'introduction).

Les changements ne se sont pas arrêtés là puisque l'ordonnance devait être ratifiée, ce qui a tardé. Les débats parlementaires ont été longs et ont oscillés entre une ratification dite sèche (c'est-à-dire une ratification sans rien changer à l'ordonnance) ou une ratification opérant elle-

même des modifications. La loi de ratification du 20 avril 2018 est un entre-deux. Celle-ci n'a pas été la « *réforme de la réforme* » annoncée par certains. Elle opère toutefois de nouveaux changements, au-delà de simples rectifications. Cette loi de ratification n'est elle-même applicable qu'aux **contrats conclus à partir du 1^{er} octobre 2018, exceptées pour ses dispositions dites interprétatives** (cf. infra).

Il faudra ainsi composer avec trois droits : l'ancien d'avant la réforme, le nouveau – issu de l'ordonnance du 10 février 2016 – et les rectifications de la loi du 20 avril 2018 (cf. *infra*).

On envisagera dans un premier temps la définition du contrat (chapitre 1), dans un second temps la loi applicable dans le temps (chapitre 2) et enfin la classification des contrats (chapitre 3).

Chapitre 1 : La notion de contrat

Les actes juridiques sont des « *manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux* » (art. 1100-1 al. 1^{er} C. civ.).

On distingue donc parmi les actes juridiques les actes unilatéraux et les contrats. L'acte unilatéral émane d'une seule personne et produit pourtant des effets de droit.

- *Par exemple* : le testament est un acte unilatéral qui produit des effets sans que l'accord de celui qui en bénéficie n'ait été donné.

Contrairement au contrat unilatéral, l'acte unilatéral ne comporte qu'une **seule volonté** et n'a fait l'objet d'aucune rencontre des volontés. À l'inverse, **le contrat** est la rencontre **de deux volontés**, même s'il est unilatéral (il ne crée alors qu'une seule obligation ; cf. *infra* chap. sur la classification).

- *Par exemple* : la donation est un contrat, le plus souvent, unilatéral : une seule personne s'oblige à donner mais l'autre partie a accepté cet engagement. Il y a donc eu une rencontre des volontés.

Conformément à ces explications, l'article 1101 du Code civil nouveau définit le contrat comme « *un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

On constate également que la réforme du droit des contrats du 10 février 2016 ne distingue plus entre **les conventions et les contrats**. À l'inverse, avant la réforme, on considérait que le contrat générait nécessairement une obligation alors que la convention n'était pas une source d'obligation. Une convention était un acte juridique qui permettait de faire circuler une obligation qui existait déjà ou de la transmettre.

- *Par exemple* : la cession de créance était vue comme une convention puisqu'elle ne crée pas de nouvelle obligation mais porte sur la transmission d'une obligation préexistante.
- À l'inverse : la vente est un contrat qui engendre deux obligations : l'une de transférer la propriété pour le vendeur, l'autre de payer le prix pour l'acheteur.

La distinction terminologique paraissait aux yeux du législateur dépassée et peu utilisée en pratique qui l'a, de ce fait, supprimée. Désormais, on nomme contrat tout accord de volonté, qu'il ait pour objet de créer une obligation nouvelle ou simplement d'organiser sa circulation.

Le contrat implique donc **au moins deux parties qui ont exprimé leur volonté**.

Chapitre 2 : L'application de la loi dans le temps

Il est nécessaire de préciser l'articulation des différents droits des contrats. En effet, le droit antérieur à la réforme demeure applicable pour tous les contrats conclus avant son entrée en vigueur. C'est le principe de survie de la loi ancienne (section 1). Toutefois, la jurisprudence procède dans des arrêts récents à une application par anticipation du droit nouveau issu de la réforme pour les contrats conclus avant son entrée en vigueur. Elle procède pour cela à une appréciation du droit ancien à la lumière du nouveau (section 2).

Section 1 : Le principe de survie de la loi ancienne

Conformément aux règles classiques du droit civil, la loi nouvelle s'applique à son entrée en vigueur (art. 2 C. civ.). Une exception existe toutefois en matière contractuelle, c'est celui de survie de la loi ancienne. En effet, les contrats conclus avant l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle demeurent soumis à **la loi en vigueur au jour de leur conclusion**. Cela permet de protéger le consentement donné à un moment précis, sous l'empire d'une loi.

On envisagera dans un premier temps l'application de ces règles de loi dans le temps s'agissant de l'ordonnance du 10 février 2016 (I) avant d'aborder, dans un second temps, la situation de la loi de ratification de l'ordonnance du 20 avril 2018 (II).

I- L'ordonnance du 10 février 2016

Comme exposé précédemment, le droit des contrats a subi, en premier lieu, une importante réforme avec l'ordonnance du 10 février 2016.

Conformément à l'article 2 du Code civil « *la loi dispose pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ». Ainsi, en matière contractuelle, il existe un principe de survie de loi dans le temps. En effet, lorsqu'une loi entre en vigueur elle s'applique aux contrats conclus à compter de cette date. Les contrats conclus antérieurement sont soumis à la loi en vigueur au jour de leur conclusion, même pour les effets qu'ils produisent après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. L'article 9 de l'ordonnance du 10 février 2016 reprend ce principe en indiquant que seuls les contrats conclus après son entrée en vigueur, **le 1^{er} octobre 2016**, seront soumis aux nouvelles dispositions.

L'article 9 de l'ordonnance fait toutefois exception pour **les actions interrogatoires visées aux articles 1123, 1158 et 1183** du Code civil (cf. *infra*) qui sont **d'application immédiate**, c'est-à-dire même aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi.

- *Par exemple* : si un pacte de préférence est conclu en juin 2016, c'est la loi ancienne qui s'applique à tous ses effets et aux sanctions de son inexécution. Toutefois, un tiers qui voudrait acquérir le bien et aurait eu vent de l'existence d'un pacte de préférence conclu entre le bénéficiaire et le promettant pourra mettre en œuvre l'action interrogatoire de

l'article 1123 alinéas 3 et 4 du Code civil et ses effets puisque ces dispositions sont d'application immédiate (cf. *infra* au chapitre consacré aux avant-contrats pour davantage de précisions).

De plus, la loi de ratification du 20 avril 2018 a elle-même ajouté des précisions quant aux modalités d'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016. En effet, la loi modifie l'article 9 de l'ordonnance en prévoyant que même les « *effets légaux* »¹ des contrats et « *les dispositions d'ordre public* » n'ont pas d'effet rétroactif. Cet ajout limite donc la possibilité du juge d'appliquer certaines dispositions de l'ordonnance rétroactivement à des contrats conclus avant son entrée en vigueur en déclarant une disposition d'ordre public ou en décidant qu'il ne s'agit que d'un effet légal du contrat.

Toutes les dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016, hormis les actions interrogatoires, ne s'appliquent donc qu'aux contrats conclus à partir du 1^{er} octobre 2016.

II- La loi de ratification du 20 avril 2018

La loi du 20 avril 2018 reprend le même principe en son article 16. Elle prévoit que ses dispositions ne sont applicables qu'aux contrats conclus après son entrée en vigueur, soit **le 1^{er} octobre 2018**. Toutefois, l'article 16 alinéa 3 précise que certaines modifications apportées ont « *un caractère interprétatif* ». Cela signifie que ces dispositions interprètent celles de l'ordonnance du 10 février 2016 et qu'elles suivent donc sa date d'entrée en vigueur. En effet, pour rappel, les lois interprétatives clarifient le sens d'une loi préexistante. Elles sont donc rétroactives car elles ne font que révéler les sens de la loi antérieure qu'elles interprètent.

Ainsi, les modifications apportées aux articles « *1112, 1143, 1165, 1216-3, 1217, 1221, 1304-4, 1305-5, 1327-1, 1328-1, 1347-6 et 1352-4 du Code civil* » s'appliquent aux contrats conclus à partir du 1^{er} octobre 2016 alors même qu'elles n'ont été introduites que par la loi du 20 avril 2018.

Les autres modifications de la loi de ratification ne s'appliqueront qu'aux contrats conclus à partir de son entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2018.

Section 2 : L'application du nouveau droit par anticipation

En dépit des règles d'application de la loi dans le temps énoncées précédemment, les juges ont procédé depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 à une **application du**

¹ Pour rappel, ce que l'on désigne par l'effet légal d'un contrat est l'effet produit par la loi, indépendamment de ce qu'ont voulu les parties.

droit nouveau par anticipation dans des affaires où leur étaient pourtant soumis des contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016.

En effet, par des arrêts remarquables, la Cour de cassation a visé l'ordonnance du 10 février 2016, sans pour autant l'appliquer, mais pour **interpréter le droit ancien à la lumière du nouveau**. Par cette technique, le juge civil procède en réalité à une harmonisation de son droit et à une application anticipée des dispositions nouvelles. On citera principalement deux arrêts illustrant cette démarche.

- Le premier arrêt, rendu par la **chambre mixte le 24 février 2017**, concernait un mandat conclu entre un agent immobilier et un propriétaire. La loi Hoguet du 2 janvier 1970, propre à ce mandat, prévoit des formalités à des fins de validité et notamment la rédaction d'un écrit. Alors que l'agent immobilier avait délivré congé au locataire, ce dernier s'était prévalu des irrégularités de forme du mandat conclu entre l'agent et le propriétaire mandant pour invoquer la nullité du mandat et par conséquent du congé. La question qui se posait donc était celle de savoir si la nullité de la loi Hoguet était une nullité absolue, qui pouvait être invoquée par toute personne ayant un intérêt à agir, ou seulement une nullité relative. La chambre mixte de la Cour de cassation a choisi de répondre à cette question en visant l'ordonnance du 10 février 2016. La Cour énonce en effet 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* ». De ce fait, la Cour cite explicitement la réforme, pourtant non applicable en l'espèce, afin d'apprécier l'ancien droit, et notamment la définition de la nullité, à la lumière du nouveau droit. Elle adopte ainsi, en l'espèce, la définition moderne de la nullité relative, comme visant à protéger un intérêt privé et invocable seulement par la personne visée, pour l'appliquer à la loi Hoguet et à ses prescriptions de formes.
- Le second arrêt illustrant cette technique est celui rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le **21 septembre 2017** (ce sont plus précisément deux espèces rendues le même jour). Dans cette affaire, un rugbyman soutenait que la promesse d'embauche qu'il avait reçue constituait un contrat de promesse et non une offre. Ainsi, il estimait que son retrait devait être sanctionné par une exécution forcée en nature. Au visa des articles 1134 ancien du Code civil et L. 1221-1 du Code du travail la cour de cassation énonce 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 ; Attendu que 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 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 ; que la rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extracontractuelle de son*

auteur ; Attendu, en revanche, que la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ; que la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis ». En l'espèce, la Cour de cassation considère que la promesse d'embauche est une offre de contracter. En revanche, au-delà de l'apport de l'arrêt en droit social, la Cour vise en l'espèce la réforme du droit des contrats, bien que non applicable, pour interpréter le droit ancien. Ainsi, par son attendu de principe, elle semble s'aligner sur la sanction désormais préconisée par l'article 1124 nouveau du Code civil en cas de rétractation d'une promesse unilatérale. Cela signifierait qu'elle renoncerait à la jurisprudence *consorts Cruz* pour interpréter le droit ancien à la lumière des nouvelles dispositions (cf. *infra* les développements consacrés aux avant-contrats).

Il faut retenir de cette jurisprudence que, même si l'ordonnance du 10 février 2016 ne s'applique qu'aux contrats conclus après son entrée en vigueur, elle pourrait néanmoins être appliquée par anticipation, par la technique de l'interprétation de l'ancien droit à sa lumière, toutes les fois où cette interprétation ne serait pas *contra legem* (c'est-à-dire ne s'opposerait pas à une disposition légale contraire).

On peut même avancer que cette même jurisprudence pourra être mise en place pour les nouvelles dispositions de la loi du 20 avril 2018.

Actualité du sujet : : Cass. civ. 1^{re}, 19 septembre 2018 :

Attention, les juges ne doivent pas expressément se référer aux dispositions nouvelles pour les appliquer à un contrat conclu antérieurement au mépris du principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle : au visa de l'article 9 de l'ordonnance du 10 février 2016, la Cour de cassation casse un jugement du tribunal de proximité ayant fait application de l'article 1186 dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016 à un contrat conclu avant le 1^{er} octobre 2016.

En conclusion

- Si un cas pratique porte sur un contrat conclu avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance (c'est-à-dire un contrat conclu avant le 1^{er} octobre 2016) : il faut appliquer l'ancien droit. Ensuite, il faut réserver une partie où l'on pourrait envisager une application par anticipation du nouveau droit si la jurisprudence antérieure était contraire au droit nouveau. Le juge pourrait opérer un revirement de jurisprudence en interprétant le droit ancien à la lumière du nouveau.

- Si un cas pratique porte sur un contrat conclu après le 1^{er} octobre 2016 : il faut appliquer le nouveau droit issu de l'ordonnance. Il faut toutefois aussi lui appliquer les dispositions **interprétatives** de la loi de ratification du 20 avril 2018 (art. 16 al. 3).

- Si un cas pratique porte sur un contrat conclu après le 1^{er} octobre 2018 : il faut appliquer le nouveau droit issu de l'ordonnance tel que modifié ou complété par la loi de ratification du 20 avril 2018.

Chapitre 3 : La classification des contrats

Selon l'article 1105 al. 1^{er} du Code civil² « *les contrats qu'ils aient ou non une dénomination propre sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent sous-titre* ». On voit donc que les contrats peuvent être **nommés** (« *une dénomination propre* ») ou ne pas l'être (ce sont les contrats dits **innommés**).

Les contrats nommés sont ceux désignés et règlementés par la loi. Ils sont explicitement visés et emportent l'application d'un corps de règles qui s'appliquera aux dits contrats nommés.

Ces règles peuvent être supplétives de volonté (et donc faire office de modèle proposé aux parties qu'elles peuvent toutefois écarter) ou être d'ordre public.

Certains contrats sont considérés comme nommés alors même qu'il n'existe pas de texte législatif mais la pratique les a nommés. Un cadre juridique va ainsi se dégager (ex : le bail à nourriture).

Les contrats innommés ne sont, à l'inverse, pas envisagés par le législateur. Ce sont alors des contrats qui sont soumis aux règles de droit commun et à la liberté contractuelle pour le reste. Les parties, en principe, déterminent elles-mêmes au sein du contrat leurs obligations respectives (art. 1102 C. civ.).

Il existe du fait de la volonté même, une multitude de contrats : autant qu'il existe de volontés qui peuvent s'exprimer.

Toutefois, il existe des classifications de contrats qui permettent notamment de leur attribuer certaines règles selon la catégorie à laquelle ils appartiennent. La réforme du droit des contrats a repris des classifications existantes et en a codifié d'autres qui ne figuraient pas encore au sein du Code civil.

Section 1 : Le contrat synallagmatique et le contrat unilatéral.

L'article 1106 nouveau du Code civil (anciens 1102 et 1103) définit le **contrat synallagmatique** et le **contrat unilatéral**. Pour le premier, les parties s'obligent réciproquement les unes envers les autres. Pour le second, il est à l'inverse unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il n'y ait d'engagement réciproque de celles-ci. Le contrat synallagmatique implique donc deux volontés au moins mais également deux obligations réciproques au moins. Chaque partie est à la fois créancière et débitrice de l'autre.

² Article 1107 ancien : « *Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre* »

Le contrat unilatéral comporte quant à lui deux volontés (c'est la définition même du contrat) mais une seule obligation (ou plusieurs mais émanant de la même partie).

L'intérêt de cette distinction apparaît notamment quand il faut prouver le contrat puisqu'en cas de contrat synallagmatique il faut autant d'exemplaires que de parties. C'est la formalité du *double original* (cf fascicule Tome IV, Les preuves). De plus, en présence d'un contrat synallagmatique, le créancier d'une obligation inexécutée peut lui-même invoquer l'exception d'inexécution pour refuser d'exécuter sa propre prestation (cf art. 1219 C. civ.).

Section 2 : Le contrat à titre onéreux et le contrat à titre gratuit

L'article 1107 nouveau du Code civil (anciens 1105 et 1106) définit le contrat à titre **onéreux** comme celui où chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. Parallèlement, le contrat à titre **gratuit** est celui où l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie.

Ainsi, par nature, certains contrats **synallagmatiques seront onéreux** :

- *Par exemple* : la vente ou le bail.

Il peut toutefois exister des contrats **synallagmatiques à titre gratuit** :

- *Par exemple* : la donation avec charges en ce sens que l'inexécution des charges par le donataire peut donner lieu à révocation (cf. Cass. civ. 1^{re}, 16 janvier 2019 pour un exemple de révocation de la donation pour inexécution des charges).

De même, certains contrats unilatéraux peuvent être onéreux :

- *Par exemple* : le prêt d'argent avec intérêt s'il est réel.

La classification engendre de nombreuses conséquences en pratique, dont un traitement plus clément du débiteur dans les contrats à titre gratuit.

De même, la réforme a consacré l'une des conséquences liées à cette classification à l'article 1169 du Code civil. Ainsi « *un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* » (cf. *infra*).

Section 3 : Le contrat commutatif et le contrat aléatoire

L'article 1108 du Code civil (ancien 1104) définit le contrat **commutatif** comme « *lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit* ».

Cette « équivalence » n'est pas objective mais subjective. Ce sont les parties qui estiment leurs prestations équivalentes, peu importe qu'elles ne le soient pas effectivement. Les parties savent ce qu'elles auront comme contrepartie et s'accordent sur cela.

À l'inverse, le contrat est **aléatoire** « *lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain* ». Le contrat est donc aléatoire si chacune des parties accepte cet aléa. Chacune risque de perdre ou de gagner selon un événement incertain.

- *Par exemple* : le contrat de vente en viager est un contrat aléatoire car au moment de la vente, le montant total des rentes viagères dépend du décès du vendeur ce qui est un événement incertain dans sa date.

L'ordonnance du 10 février 2016 a également abrogé l'article 1964 du Code civil lequel donnait lui aussi une définition, différente, du contrat aléatoire. D'après cet article, le contrat aléatoire était une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, **soit pour l'une** ou plusieurs, dépendaient d'un événement incertain.

Ici aussi il existe des conséquences à cette classification. On citera pour exemple l'adage selon lequel « *l'aléa chasse la lésion* ». Ainsi, dans un contrat aléatoire il est impossible d'invoquer la lésion, même si celle-ci est prévue légalement.

Section 4 : Le contrat consensuel, le contrat solennel et le contrat réel

La distinction existait déjà en pratique avant la réforme mais n'était pas codifiée. Le nouvel article 1109 du Code civil définit désormais ces classifications.

Est **consensuel** le contrat qui « *se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression* ». Le contrat consensuel est donc celui qui ne nécessite aucune forme particulière, notamment n'est pas exigé un écrit, pour être valable. En droit français, c'est le principe (cf. art. 1172 al. 1^{er} du Code civil selon lequel « *les contrats sont par principe consensuels* »). Tout contrat est consensuel, sauf si la loi en dispose autrement. La seule rencontre des volontés forme donc le contrat.

Le contrat est au contraire **solennel** lorsque « *sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi* ». En effet, certains contrats doivent répondre à des exigences de forme. L'absence de respect du formalisme entraîne la nullité du contrat.

- *Par exemple* : le contrat d'agent immobilier de la loi Hoguet précédemment évoqué doit remplir certaines conditions de forme et notamment être conclu par écrit.
- *Autre exemple* : le contrat de mariage optant pour un autre régime que le régime légal doit être conclu par acte authentique (devant notaire).

Enfin, le contrat est **réel** « *lorsque sa formation est subordonnée à la remise d'une chose* ». À défaut de remise de la chose, le contrat n'est pas valable. Cette catégorie des contrats réels tend toutefois à se réduire considérablement si bien qu'il n'en reste presque plus.

- *Par exemple* : le contrat de prêt était initialement envisagé comme un contrat réel qui se formait donc par la remise des fonds. À défaut, le contrat n'était pas formé. Toutefois, la jurisprudence considère désormais que le contrat de prêt consenti par un professionnel du crédit est un contrat consensuel (Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2000). La seule rencontre des volontés permet donc de considérer que le contrat est formé et la remise des fonds n'est que l'exécution du contrat. Le contrat demeure réel, en revanche, lorsqu'il est conclu entre particuliers (Cass. civ., 1^{re}, 7 mars 2006).
- *Par exemple* : l'un des seuls contrats réels est alors le contrat de dépôt : sa validité est soumise à la remise de la chose (art. 1919 al. 1^{er} C. civ.).

Les distinctions qu'opère cette classification ont évidemment des conséquences en termes de validité du contrat mais également pour déterminer si la prestation demandée est une exécution du contrat déjà formé ou pas (cf. l'exemple précité du prêt : s'il est consensuel, la remise des fonds n'est qu'une exécution du contrat. À l'inverse, s'il est réel, on ne peut pas exiger la remise des fonds qui n'aurait pas eu lieu puisque c'est une condition de validité du contrat). Cette classification joue également un rôle en matière de charge de la preuve.

Section 5 : Le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion

Selon l'article 1110 nouveau du Code civil, le contrat de gré à gré « *est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties* » (N.B. pour la version de l'article 1110 applicable du 1^{er} octobre 2016 au 30 septembre 2018, le contrat de gré à gré était celui « *dont les stipulations sont librement négociées entre les parties* »).

- Le contrat de gré à gré est donc celui qui n'a pas été imposé mais qui négociable par les parties qui sont parvenues à un accord.

Il s'oppose au contrat d'adhésion qui est, quant à lui, celui « *qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* » (art. 1110 al. 2).

- *Par exemple* : un contrat d'abonnement téléphonique.

Ces contrats d'adhésion sont devenus très fréquents. Le législateur est alors intervenu pour protéger les consommateurs des clauses abusives qui lui seraient imposées en droit de la consommation donc.

La nouveauté de la réforme est d'avoir introduit cette qualification au sein du Code civil, dans les dispositions de droit commun, et d'en tirer des conséquences indépendamment de la

qualification de consommateur ou de professionnel des parties. Ainsi, un contrat d'adhésion peut être conclu entre deux professionnels ou deux particuliers.

N.B. : la réforme du 10 février 2016 avait dans un premier temps défini le contrat d'adhésion comme « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* » (version applicable du 1^{er} octobre 2016 au 30 septembre 2018).

Toutefois, cette définition du contrat d'adhésion était différente et plus restreinte que celle que la doctrine et la jurisprudence semblaient donner au contrat d'adhésion. En effet, le nouvel article tel que rédigé par l'ordonnance de 2016 limitait la qualification aux contrats ayant des « *conditions générales* » alors qu'antérieurement pouvait être qualifié de contrat d'adhésion un contrat sans conditions générales mais dont certaines clauses avaient été imposées. Le contrat d'adhésion était ainsi celui auquel on adhérait, qu'on ne négociait pas. Du 1^{er} octobre 2016 au 30 septembre 2018, il s'agissait de celui dont on ne négociait pas les conditions générales qui sont imposées par l'une des parties.

Ainsi, face aux critiques de la doctrine, la loi de ratification du 20 avril 2018 a modifié l'article 1110 et sa définition du contrat de gré à gré et surtout du contrat d'adhésion. L'article dispose désormais que le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont « *négociables* » (au lieu de « *librement négociées* »). Ainsi, ce qui compte est le caractère négociable des stipulations et non la négociation effective des clauses.

S'agissant du contrat d'adhésion, on constate que la loi de ratification a supprimé la référence aux conditions générales. La conception du contrat d'adhésion est donc plus large que celle de l'ordonnance du 10 février 2016.

L'article 16 alinéa 2 de la loi du 20 avril 2018, indique que les modifications apportées à l'article 1110 du Code civil ne s'appliquent qu'aux contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2018.

Cela signifie donc qu'en principe un contrat conclu entre le 1^{er} octobre 2016 et le 30 septembre 2018 ne répond à la qualification de contrat d'adhésion que s'il existe des **conditions générales** soustraites à la négociation et déterminées à l'avance par l'une des parties. À moins que le juge interprète plus soupagement ces conditions à la lumière du nouveau droit (ce qui serait en l'espèce délicat, le législateur ayant lui-même pris le soin de réserver l'application de cette nouvelle définition à l'entrée en vigueur de la loi refusant d'en faire une disposition interprétative).

La qualification de contrat de gré à gré ou de contrat d'adhésion emporte de nombreuses conséquences désormais codifiées dans le Code civil. On relèvera notamment l'article 1171 nouveau du Code civil qui disposait **dans la version de l'ordonnance du 10 février 2016** applicable entre le 1^{er} octobre 2016 et le 30 septembre 2018 que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputé non écrite* ».

Depuis le 1^{er} octobre 2018, s'applique l'article 1171 nouveau du Code civil applicable tel qu'issu de la loi de ratification de 2018 : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non*

***négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite** ».*

Il est donc possible de réputer une clause non écrite lorsqu'elle crée un déséquilibre significatif, si l'on est en présence d'un contrat d'adhésion, sans se fonder sur le droit spécial de la consommation et la législation des clauses abusives (cf. *infra*). Ici aussi la loi de ratification a modifié l'article 1171 du Code civil, cette modification n'entre en vigueur qu'à compter du 1^{er} octobre 2018 (cf. *infra*).

De même, l'article 1190 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 dispose que « *dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* ».

Section 6 : Le contrat cadre

Le nouvel article 1111 du Code civil consacre la définition du **contrat cadre**. Il s'agit du contrat « *par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution* ».

Le contrat cadre est donc celui qui permet d'organiser des relations futures.

- *Par exemple* : en matière de distribution : pour la mise en place de franchises. On prévoit un contrat cadre et des contrats d'application pour les différentes exécutions du contrat cadre.

La définition permet notamment d'appliquer l'article 1164 nouveau du Code civil (qui reprend une jurisprudence bien établie : cf. Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995) selon lequel « *dans les contrats cadres, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation* », sauf abus dans la fixation du prix (cf. *infra* développements sur le prix).

Section 7 : Le contrat instantané et le contrat à exécution successive

Enfin, la réforme du 10 février 2016 a consacré une nouvelle distinction. Il s'agit des contrats instantanés et des contrats à exécution successive. L'article 1111-1 du Code civil dispose en effet que « *le contrat à exécution instantanée est celui dont les obligations peuvent s'exécuter en une prestation unique.* »

- *Par exemple* : la vente est un contrat instantané : la délivrance du bien se fait en une fois.

À l'inverse, « *le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps* ».

- *Par exemple* : le bail est un contrat à exécution successive : chaque nouvelle jouissance du bien entraîne un nouveau loyer.

Les conséquences ne sont pas les mêmes selon qu'il s'agisse d'un contrat à exécution instantanée ou à exécution successive en cas d'inexécution de sa prestation par l'une des parties (*cf. infra*). Cette qualification joue donc surtout en termes d'anéantissement du contrat et ses effets.

TITRE I : LA FORMATION DU CONTRAT : LA PERIODE PRECONTRACTUELLE

Le contrat traduit la rencontre de deux volontés (chapitre 1). Cette rencontre des volontés se matérialise également parfois dans des contrats préparatoires, encore appelés les avant-contrats (chapitre 2). Enfin, seront brièvement évoquées les dispositions propres au contrat conclu par voie électronique (chapitre 3).

Chapitre 1 : La rencontre des volontés

Pour se rencontrer les volontés doivent parfois passer par des négociations ou pourparlers. Il s'agit pour les futurs cocontractants de mettre au point les modalités de leurs engagements, de trouver un terrain d'entente (section 1).

Si les négociations ne sont pas obligatoires, le contrat ne peut en revanche se former que par la rencontre d'une offre et d'une acceptation (section 2). Enfin, cette période précontractuelle est régie par un principe de bonne foi et un devoir d'information généralisé par la réforme (section 3).

Section 1 : Les négociations

Les négociations, encore appelées pourparlers, sont une étape non obligatoire de la formation du contrat. En effet, il s'agit du moment où les parties mettent en place les termes de leur contrat futur. Pour cela, elles procèdent à des discussions. Le principe absolu de cette période est celui de la liberté. Les parties sont libres de mener librement leurs négociations et de les rompre (I). Toutefois, dans certaines circonstances, il sera possible de poursuivre l'auteur de la rupture en responsabilité (II).

I- La liberté contractuelle régissant les négociations

Les pourparlers n'entraînent pas d'obligation de conclure un contrat. Les négociations se distinguent de l'offre en ce qu'il n'y a pas d'offre ferme et précise de conclure.

Avant la réforme du 10 février 2016, c'est la jurisprudence qui organisait entièrement le régime des pourparlers. La réforme a repris les enseignements de la jurisprudence et consacre désormais une sous-section aux négociations.

Ainsi, l'article 1112 nouveau du Code civil dispose que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.* » Le législateur reprend donc le principe de liberté contractuelle

appliqué aux négociations. Pour rappel, l'article 1102 nouveau du Code civil dispose que « *chacun est libre de contracter ou ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ».

Ainsi, les négociations sont soumises à un principe général de liberté. On peut négocier librement, décider de contracter ou pas. **Le principe est donc que l'on peut rompre librement les négociations**, sans avoir à se justifier. À défaut, cela serait une entrave à la liberté contractuelle : on peut refuser de conclure le contrat.

Le nouvel article 1112 du Code civil prend le soin de préciser que ces négociations doivent être menées « *de bonne foi* ». Cette obligation de bonne foi est elle-même érigée par la réforme au rang des dispositions liminaires à l'article 1104 nouveau du Code civil selon lequel « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ».

Toutefois, ce principe de liberté est soumis à une limite : la rupture fautive.

II- La rupture fautive des négociations

La rupture des négociations ne doit pas être fautive au risque d'entraîner la responsabilité de celui qui rompt. C'est le cas notamment lorsque la rupture intervient de façon abusive ou lorsque les pourparlers n'ont pas été menés de **bonne foi**. Il s'agit ainsi de sanctionner une faute dans la rupture (art. 1112 du Code civil). Ce n'est pas le simple fait de rompre qui est fautif mais les circonstances qui encadrent la rupture. Il faut donc caractériser cette faute de l'auteur de la rupture.

- *Par exemple* : le fait de rompre des négociations sans le justifier par un motif légitime n'est pas fautif en soi. En revanche, le fait de rompre des négociations très avancées de façon brutale peut être fautif, notamment lorsque le partenaire pensait que ces négociations avancées allaient aboutir à un contrat alors que l'autre menait des négociations parallèles et plus sérieuses avec un tiers (Cass. com. 26 nov. 2003, *Manoukian*).
- *Autre exemple* : des circonstances particulièrement vexatoires dans la rupture seraient également constitutives d'une faute.

Ainsi, la Cour de cassation rappelle qu'il faut démontrer des motifs propres « à caractériser une absence de motif légitime ou un comportement de mauvaise foi démontrant une faute dans l'exercice de la liberté de mettre un terme à des pourparlers précontractuels » (Cass. civ. 3^e, 25 octobre 2018).

La responsabilité de l'auteur de la rupture est recherchée sur le **fondement délictuel** (art. 1240 C. civ.) puisque l'on est par définition en période précontractuelle, sans contrat. Le fautif est donc condamné à des dommages et intérêts pour réparer le préjudice causé par **la rupture fautive** (attention : on ne répare pas le préjudice entraîné par la rupture mais seulement le préjudice causé par **la rupture fautive**).

En effet, en cas de faute dans la rupture, on répare les frais engagés pour les négociations mais pas la perte de chance de conclure le contrat (Com. 26 nov. 2003, *Manoukian*)

- *Par exemple* : pourront être remboursés les frais inutiles occasionnés par la négociation (Cass. com., 18 janv. 2011)
- On ne rembourse pas en revanche « *la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* » (Cass. com., 26 nov. 2003, *Manoukian* ; Cass. civ., 3^e, 7 janvier 2009). En effet, les gains manqués sont la conséquence de **l'absence de conclusion** du contrat et **non de la rupture fautive**. Or, on répare le préjudice causé par la rupture fautive.

À noter :

L'article 1112 nouveau a été sur ce point complété par la loi de ratification du 20 avril 2018. Ainsi, l'article est complété de façon conforme à la jurisprudence *Manoukian*. L'article 1112 al. 2 tel qu'issu de la loi de ratification dispose que « *en cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages* ». La loi de ratification énonce que ce changement a un caractère interprétatif ce qui signifie qu'il s'applique à compter du 1^{er} octobre 2016.

En pratique, cette modification de l'article 1112 ne fait que préciser ce qui était déjà acquis en jurisprudence. Il n'y a donc sur ce point pas de changement sur le fond entre l'ancien droit et le nouveau.

Enfin, il convient de préciser que l'ordonnance du 10 février 2016 s'est également intéressée au sort des informations divulguées à l'occasion des négociations. Désormais l'article 1112-2 du Code civil précise que celui qui divulguerait sans autorisation une information confidentielle obtenue pendant les négociations engagerait sa responsabilité. Si le texte mentionne les conditions de droit commun, il ne fait aucun doute qu'il s'agira de l'application de la responsabilité délictuelle (art. 1240 C. civ.), à défaut de contrat organisant le déroulement des négociations et notamment de clause de confidentialité quant à ces informations.

Section 2 : La rencontre de l'offre et de l'acceptation

Le contrat est un accord de volonté. Il faut donc que toutes les parties aient donné leur consentement. En principe le seul consentement suffit donc à conclure le contrat. Ce consentement prend la forme d'une offre et d'une acceptation.

Avant la réforme, toutes les règles relatives à l'offre et à l'acceptation n'étaient que jurisprudentielles. Depuis, l'ordonnance du 10 février 2016 a introduit de nouvelles dispositions relatives à l'offre et à l'acceptation. Ainsi, le nouvel article 1113 du Code civil dispose que « *le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager. Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur.* »

Le contrat est donc formé par la rencontre des volontés. Celle-ci se matérialise par une offre (I) qui est acceptée (II).

I- L'offre

A- Les caractères de l'offre

L'offre (anciennement appelée « pollicitation ») est une proposition de contrat qui implique par définition l'accord de l'offrant. Elle est un acte unilatéral de volonté.

Selon l'article 1114 nouveau du Code civil, « *l'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociations.* »

Ainsi, pour être une offre, la proposition doit être **ferme**, c'est-à-dire formulée sans réserve.

Elle doit également être **précise**. Cela signifie qu'elle doit comporter tous les éléments essentiels du futur contrat.

- *Par exemple* : si l'offre porte sur un contrat de vente, il faudra que le prix soit précisé. À défaut, il manquerait un élément essentiel de ce futur contrat (en effet, le prix est un élément essentiel du contrat de vente au sens des articles 1583 et 1591 du Code civil). À l'inverse, une annonce qui indiquerait « *prix à débattre* » ne serait qu'une invitation à négocier.

En revanche, si les éléments faisant défaut ne sont que secondaires pour le contrat en question, alors il y a bien offre.

L'offre est un acte de volonté unilatérale (contrairement aux avant-contrats que l'on évoquera ultérieurement).

L'offre peut en principe être expresse ou tacite (hypothèse de la reconduction tacite au sens de l'art. 1215 du Code civil), l'important étant qu'elle soit **non équivoque**.

Lorsque l'offre est précise, ferme et non équivoque, la simple acceptation suffit à former le contrat.

L'offre peut également être faite à une personne déterminée ou indéterminée, c'est-à-dire à une personne précise, ou être publique. Lorsqu'elle est faite à personne indéterminée, l'offrant est lié contractuellement au premier acceptant. Il faut néanmoins préciser que lorsque l'offre a un caractère naturellement *intuitu personae*, même si elle est faite à personne indéterminée, l'offrant apprécie la qualité de l'acceptant.

- *Par exemple* : l'offre de travail a un caractère naturellement *intuitu personae*.

Les réserves sont admises et ne constituent pas nécessairement des motifs de requalification de l'offre en invitation à entrer en pourparlers en raison du caractère non ferme. Ainsi, « *la formule d'usage "sous réserve de prise de garanties et des assurances", ne rendant pas cet accord conditionnel et ne portant pas atteinte à son caractère ferme* » (Cass. civ. 1^{re}, 14 janvier 2010).

- Lorsque l'offre sera faite à personne déterminée, seules les réserves expresses seront admises pour ne pas faire perdre à la proposition sa qualification d'offre.
- Lorsque l'offre sera faite au public, elle pourra comporter tant des réserves expresses que des réserves tacites. Ainsi il est traditionnellement considéré que toutes les propositions de contrat *intuitu personae* (lorsque la personne de l'acceptant est déterminante) comportent *ipso facto* une réserve d'agrément, dans cette hypothèse, la réserve est dite tacite, pour autant, la proposition conserve sa qualification d'offre.

Elle peut également comporter un délai pour être acceptée ou être faite sans délai. À défaut de délai mentionné, elle est soumise à un délai raisonnable (celui-ci s'apprécie en fonction des usages dans le domaine sur lequel porte l'offre et relève du pouvoir d'appréciation des juges du fond).

- Illustration 1 : Cass. com., 27 avril 2011 : une société s'était engagée le 27 septembre 2007 à reprendre un fonds de commerce (il s'agissait donc ici d'une offre d'achat sans délai). Les juges du fond avaient considéré cette offre d'achat caduque le 26 décembre 2007, soit 3 mois après l'offre. Pour la Cour de cassation : « *la cour d'appel a exactement retenu que celle-ci devait être acceptée dans un délai raisonnable, dont elle a souverainement apprécié la durée, au-delà duquel elle devenait caduque* ».
- Illustration 2 : Cass. civ. 3^e, 25 mai 2005 : l'offre de vente d'une propriété mentionnait "réponse immédiate souhaitée". Or, l'imprécision de ces termes nécessitait une interprétation par les juges du fond ayant déduit alors que l'offre avait été faite sans délai. Ainsi ont-ils dû déterminer le délai raisonnable au regard des circonstances. Les juges du fond ont « *souverainement retenu que compte tenu de la nature du bien et de la qualité de l'acquéreur qui devait consulter son conseil d'administration pour obtenir le consentement à l'acquisition, le délai de cinq semaines dans lequel était intervenue l'acceptation de la société (...) n'était pas déraisonnable* ».
- Attention toutefois, tout dépendra des circonstances de l'espèce, des usages et de la nature de la prestation !

Parfois, dans certains domaines, l'offre peut être encadrée par le législateur. Cela va avoir pour effet d'imposer un certain formalisme, souvent dans l'optique de protéger l'une des parties, notamment le consommateur.

B- Le régime de l'offre

1) La rétractation de l'offre

Selon le nouvel article 1115 du Code civil, l'offre peut être « *librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire.* »

Ainsi, avant réception par son destinataire, l'offre peut être librement rétractée.

L'offre produit en revanche des effets une fois qu'elle est émise et que le destinataire en a pris connaissance. À ce stade, et avant que l'acceptation n'intervienne, la question est de savoir si l'offrant peut encore se rétracter. Selon une doctrine classique, on considérait que la révocation devait être libre puisqu'il s'agissait d'un acte unilatéral de volonté. Tout à l'inverse, la jurisprudence a considéré qu'il existait **une obligation de maintenir l'offre** (Cass. civ. 3^e, 7 mai 2008 pour une offre faite avec délai ; Cass. civ. 3^e, 25 mai 2005 : pour une offre sans délai à personne déterminée), **sauf circonstances particulières**. Cette jurisprudence a été consacrée par la réforme. L'article 1116 précise en ce sens que l'offre « *ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable. La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat. Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions de droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat.* »

De cette façon, lorsque l'offre est encadrée par un délai l'offrant doit la maintenir durant ce délai. À défaut, il peut voir sa responsabilité **délictuelle** engagée. En revanche, on ne pourra pas sanctionner la rétractation par la conclusion forcée du contrat.

- *Par exemple* : une offre de vente est émise jusqu'au 30 septembre. L'offrant indique néanmoins au destinataire de l'offre qu'il se rétracte, avant que celui-ci ne l'ait acceptée, le 30 août. Le destinataire décide quand même d'accepter l'offre le 15 septembre. Dans ce cas, l'offrant ne pouvait pas rétracter son offre avant le 30 septembre. Il engage donc sa responsabilité délictuelle. Le destinataire pourra donc obtenir des dommages et intérêts. En revanche, il ne pourra pas exiger la conclusion forcée de la vente. Ces dommages et intérêts ne pourront pas réparer les avantages que le destinataire attendait du contrat.

Lorsque l'offre est faite sans délai, la jurisprudence distinguait avant la réforme selon qu'elle était publique ou à destinataire. Si elle était publique, elle était alors librement révocable. En revanche, si elle était déterminée, elle devait être maintenue pendant un *délai raisonnable*.

À l'inverse, **la réforme ne distingue pas entre l'offre déterminée ou publique. Elle doit toujours être maintenue durant un délai raisonnable qui sera apprécié selon les usages.**

2) *La caducité de l'offre*

Selon l'article 1117 du Code civil, lorsque l'offre est enfermée dans un délai, l'offre est caduque une fois le délai dépassé. Sans délai, elle sera caduque après un délai raisonnable.

- *Par exemple* : cassation de l'arrêt d'appel qui avait considéré une acceptation comme valable car l'offre n'était assortie d'aucun délai. L'acceptation intervenait donc valablement même 5 ans après. Selon la Cour de cassation, il fallait au contraire rechercher si l'acceptation était intervenue dans un délai raisonnable nécessairement contenu dans toute offre non assortie d'un délai précis (Cass. civ. 3^e, 20 mai 2009).
- *Précision* : la caducité de l'offre en ce cas, doit être soulevée par l'offrant lui-même (Cass. soc., 30 mai 2018 : « *seul l'offrant pouvant se prévaloir d'un délai d'expiration de l'offre ou de l'absence de pouvoir du mandataire* »).

De plus, en cas de décès de l'offrant, la jurisprudence distinguait si l'offre était avec délai ou sans délai. Pour l'offre faite avec délai, elle survivait au décès de l'offrant. De cette façon, si une acceptation avait lieu dans le délai mais après le décès de l'offrant, les héritiers de l'offrant devaient exécuter l'engagement contractuel. À l'inverse, l'offre sans délai était caduque au décès de l'offrant (Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2014 : « *l'offre qui n'est pas assortie d'un délai est caduque par le décès de celui dont elle émane avant qu'elle ait été acceptée* »).

Toutefois, **la réforme a abandonné cette distinction** avec le nouvel article 1117 alinéa 2 du Code civil. Désormais, « *l'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable. Elle l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur, ou de décès de son destinataire* ». L'ordonnance ne distingue donc pas selon que l'offre est avec délai ou pas. Ainsi, cela signifierait que même si l'offre est assortie d'un délai, elle est caduque avec le décès de l'offrant.

À noter : c'est la loi de ratification de l'ordonnance du 20 avril 2018 qui a modifié l'article 1117 du Code civil et a ajouté la partie que nous avons soulignée « *ou de décès de son destinataire* ». Cette disposition modifiée n'est entrée en vigueur qu'au 1^{er} octobre 2018, même si l'ajout est conforme à la jurisprudence antérieure à la réforme du droit des contrats (Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 2008).

II- L'acceptation

On envisagera dans un premier temps la forme de l'acceptation (A) et dans un second sa portée (B).

A- La forme de l'acceptation

Selon l'article 1118 du Code civil, « *l'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre. Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation. L'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle.* »

Ainsi, l'acceptation est elle aussi une manifestation unilatérale de volonté.

L'acceptation doit donc être conforme à l'offre. En ce sens, elle doit être **pure et simple**. Elle doit également porter sur l'ensemble des conditions figurant dans l'offre.

A défaut, il ne s'agira que de négociations :

- Exemple : **Cass. civ. 3^e, 16 novembre 2017** (1er moyen) : sur la distinction entre offre acceptée et négociations : « *Le conditionnel employé par le gérant de la société (...) dans sa réponse à l'offre d'achat de la société Jonalex démontrait que son accord était réservé et souverainement retenu que certains aspects du contrat considérés comme essentiels par l'acquéreur n'avaient pas fait l'objet d'un accord du vendeur, la cour d'appel a pu, par ces seuls motifs, en déduire que les échanges entre les parties n'avaient jamais dépassé le stade des pourparlers et que la vente ne pouvait être considérée comme parfaite* ». Ainsi, en l'absence d'acceptation pure et simple, le contrat n'est pas formé, la phase précontractuelle se trouvant alors n'être que celle des négociations.

L'acceptation peut en principe intervenir sans délai. Toutefois, parfois la loi impose **un délai de réflexion** durant lequel l'acceptation ne peut être donnée. Il est souvent question de la protection du consommateur pour certains contrats où une acceptation trop rapide serait dangereuse. Cela est confirmé par la réforme à l'article 1122 selon lequel « *la loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement* ».

- Exemple 1 : l'acceptation ne peut intervenir que dans un délai de 10 jours à compter de la réception de l'offre de prêt viager hypothécaire au sens de l'article L. 315-11 du Code de la consommation tel qu'issu de l'ordonnance du 14 mars 2016).
- Exemple 2 : dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire créé par la loi du 18 novembre 2016, les époux ne peuvent signer le projet de convention avant l'expiration d'un délai de réflexion de 15 jours à compter de sa réception sous peine de nullité.

Comme l'offre, l'acceptation peut être expresse ou tacite, à condition d'être **sans équivoque**.

- *Par exemple* : se lancer dans l'exécution est une acceptation tacite d'une offre : monter dans un taxi.

S'agissant du silence (à ne pas confondre avec l'acceptation tacite), l'article 1120 nouveau consacre la jurisprudence antérieure « *le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou des circonstances particulières* ». **Le silence ne vaut donc pas acceptation** car il est trop équivoque par essence.

Toutefois, dans certaines circonstances, la jurisprudence, et la loi désormais, reconnaissent le silence comme une acceptation.

- *Par exemple* : quand l'offrant et le destinataire étaient déjà en rapport d'affaires du même genre. Ainsi, « *en raison des rapports d'affaires antérieures ou des circonstances* » le silence n'est plus équivoque et vaut acceptation (Cass. civ. 1^{re}, 24 mai 2005 : « *si le silence ne vaut pas, à lui seul, acceptation, il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation* »).

De plus, la jurisprudence considérait que lorsque l'offre était faite dans le seul intérêt du destinataire l'acceptation silencieuse était présumée.

- *Par exemple* : pour les conventions d'assistance bénévole, on considérait que la personne secourue avait accepté silencieusement l'offre d'assistance.

Cette exception n'a pas été reprise par la réforme à l'article 1120 du Code civil. Néanmoins, on peut penser que les « *circonstances particulières* » visées par cet article englobent le cas des offres faites dans l'intérêt exclusif du destinataire (Cass. civ. 1^{re}, 24 mai 2005 pour une reconnaissance à part entière de cette hypothèse avant la réforme du droit des contrats).

B- La portée de l'acceptation

Lorsqu'on accepte une offre, le contrat est formé définitivement « *dès que l'acceptation parvient à l'offrant* » (art. 1121 C. civ.) On peut alors se demander quand le contrat est conclu : à la réception de l'acceptation ou à son émission ? Cette question concerne notamment la question des contrats entre absents.

- *Par exemple* : si une offre est acceptée mais que l'offrant décède entre l'émission de l'acceptation et sa réception par les héritiers de l'offrant : le contrat était-il conclu ou pas ?

La jurisprudence a longtemps opté pour la théorie de l'émission : le contrat était formé à l'émission de l'acceptation, peu importe que l'offrant n'en ait pas encore eu connaissance (Cass. com., 7 janv. 1981).

Toutefois, la jurisprudence a, par des arrêts récents, semblé davantage opter pour **la théorie de la réception**.

- Cf notamment Cass. civ. 3^e, 16 juin 2011 : « *alors que la formation du contrat était subordonnée à la connaissance de l'acceptation de l'offre par le pollicitant et qu'elle avait constaté qu'à la date de la notification des offres rectificatives, la réponse du preneur sur les offres initiales n'était pas parvenue au propriétaire* ».
- Dans le même sens cf. aussi Cass. civ. 3^e, 17 sept. 2014.
- Un arrêt récent (rendu sous l'empire de l'ancien droit) confirme ce choix de la théorie de la réception : **Civ. 1^{er}, 6 janv. 2021, n°19-21071** : « *Ayant constaté que le courriel d'acceptation de l'offre, envoyé par M. C..., avait été reçu par M. W... le lendemain du jour de l'expiration de l'offre, devenue caduque, la cour d'appel en a déduit, à bon droit, que cette acceptation ne pouvait produire aucun effet* »

La réforme a elle aussi opté pour la **théorie de la réception**. Le contrat est conclu lorsque l'acceptation **parvient à l'offrant**. Le contrat est alors également réputé conclu « **dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue** » (art. 1121 C. civ.).

De plus, si la conclusion du contrat se fait dès la rencontre de l'offre et de l'acceptation, la loi offre parfois un délai de rétractation au destinataire après l'émission de son acceptation.

- *Par exemple* : l'acceptant a 14 jours pour se rétracter d'une offre acceptée dans le cadre d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement (L. 221-18 du Code de la consommation).

Enfin, l'acceptation porte sur tous les éléments de l'offre. En revanche, les éléments qui n'ont pas été portés à la connaissance de l'acceptant ne sont pas dans le champ de l'acceptation. Le nouvel article 1119 confirme cela en disposant que « *les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elles ont été acceptées* ».

Section 3 : La bonne foi et les obligations d'information précontractuelles

Si la période précontractuelle est régie par un principe de liberté contractuelle, il n'en reste pas moins que cette liberté ne permet pas de tout faire. Ainsi, la jurisprudence avait elle-même érigé des obligations d'information, de conseil et de mise en garde à la charge de certains cocontractants (I). La réforme a été plus loin en instaurant un devoir d'information général, à

la charge de tout cocontractant (II). Enfin, la bonne foi a été érigée au rang de principe directeur du droit des contrats, notamment en période précontractuelle (III).

I- Les obligations d'information, de conseil et de mise en garde jurisprudentielles

La jurisprudence avait déjà dégagé des obligations d'informations et des devoirs de conseil et de mise en garde. Ces obligations ont alors été réservées à certains cocontractants, et plus précisément à certains professionnels. Par la suite, certaines dispositions légales spéciales ont elles-mêmes repris ces obligations d'information pour certains des professionnels.

L'information n'est initialement pas une chose évidente pour une partie. En effet, le contrat n'est-il pas *per se* le lieu des bonnes affaires ? C'est notamment avec l'émergence de la théorie du solidarisme contractuel que ces obligations se sont développées.

Ainsi, **informer**, c'est communiquer un message sans tenir compte de la situation de celui qu'on informe. Il s'agit de livrer des renseignements. C'est une activité unilatérale qui ne s'adapte pas à celui qui reçoit l'information. L'information doit être claire, lisible, apparente.

Par ailleurs, **l'obligation de mise en garde** est réservée à certains cocontractants. Il s'agit d'attirer l'attention du cocontractant sur les dangers, les risques. Cela va au-delà de l'information. Cela peut par exemple être un avertissement. L'information est descriptive alors que l'objectif de la mise en garde est d'atteindre le cocontractant dans sa délibération qui le conduit ou non à conclure le contrat. C'est une information centrée sur les risques. La mise en garde peut être assimilée à un conseil négatif, un conseil de ne pas faire.

- *Par exemple* : le banquier a une obligation de mise en garde à l'égard de l'emprunteur, notamment s'il est non averti (cf. Cass. com., 27 mai 2008). Cela vaut également pour la caution non avertie (Cass. com., 15 nov. 2017).

À côté de cela, existe **le devoir de conseil** dégagé par la jurisprudence et à la charge de certains cocontractants. Conseiller implique forcément la prise en considération de l'intérêt d'autrui. Le cocontractant se met à la place d'autrui. Il y a un altruisme fondamental.

- *Par exemple* : le vendeur professionnel a une obligation de conseil envers l'acheteur. Il doit lui fournir un conseil adapté et pour cela il doit même se renseigner sur les besoins de l'acheteur pour bien le conseiller (Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2006). Ainsi, la Cour de cassation rappelle que la charge de la preuve en ce cas pèse sur le vendeur (« *il incombe au vendeur professionnel de démontrer qu'il s'est acquitté de l'obligation de conseil lui imposant de se renseigner sur les besoins de l'acheteur afin d'être en mesure de l'informer quant à l'adéquation de la chose proposée à l'utilisation qui en est prévue* » : Cass. civ. 1^{re}, 17 janvier 2018).
- De même, le notaire n'est pas dispensé de son devoir de conseil envers son client alors même que celui-ci a à ses côtés un conseiller personnel (Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1998)

- Il a également été jugé que « *la mission d'assistance en justice emporte pour l'avocat l'obligation d'informer son client sur les voies de recours existant contre les décisions rendues à l'encontre de celui-ci* ». En l'espèce, l'avocat aurait dû attirer l'attention de son client sur l'importance du respect du délai d'appel (Cass. civ. 1^{re}, 4 fév. 2015).

Ces obligations spéciales, car réservées par la jurisprudence à certains cocontractants, demeurent au lendemain de la réforme. Toutefois, désormais le nouvel article 1112-1 du Code civil introduit un devoir d'information général, pour tout cocontractant.

II- La consécration formelle d'une obligation d'information de droit commun

L'ordonnance du 10 février 2016 a consacré l'obligation d'information précontractuelle, ou plus précisément « le devoir » d'information.

Désormais, le législateur prévoit (sur le terrain du droit commun donc) à l'**article 1112-1 nouveau du Code civil** 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.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ».

Cet article n'est pas en soi une nouveauté comme le précise le Rapport remis au Président de la République³ accompagnant l'ordonnance. Il s'agit seulement de codifier une obligation d'information généralisée en jurisprudence.

³ JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25 :

<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>

A- Les conditions de mise en œuvre du devoir d'information

C'est désormais la consécration d'un devoir légal d'information à la charge de **chaque** partie. Le champ d'application de cet article est donc très large : quelles que soient la qualité et les compétences du cocontractant, il devra informer l'autre partie s'il détient une information.

Il faut toutefois remplir certaines conditions :

- D'une part, l'information **doit être déterminante du consentement** : cette condition est précisée par l'article lui-même selon lequel « *ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ». On peut penser que le juge suivra sa jurisprudence déjà établie pour savoir ce qui aura « *un lien direct* », c'est-à-dire s'attacher à savoir si l'information était déterminante du consentement.
En revanche, l'information ne porte **pas sur la valeur** (art. 1112-1 al. 2 C. civ.). La portée de cette information est donc limitée. Cela semble confirmer, à première lecture, la jurisprudence *Baldus* (Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2000) refusant de reconnaître une réticence dolosive lorsque l'acheteur n'a pas informé le vendeur sur la valeur du bien (mais on verra ultérieurement qu'il existait des incertitudes sur ce point avant la loi de ratification de 2018 : *cf. infra*).
- D'autre part, l'information doit être **légitimement ignorée par l'autre partie** ou **cette dernière doit faire confiance** à son cocontractant. L'ignorance légitime peut probablement s'entendre comme une ignorance excusable. En effet, l'autre partie doit se renseigner, même si cela n'est pas expressément dit, c'est ce que l'on peut déduire de cette nécessité d'une ignorance légitime. En effet, rappelons que la jurisprudence considère par exemple que l'acquéreur doit faire preuve d'une vigilance normale (Cass. civ. 3^e, 9 oct. 2012).
De même, l'article évoque le cas où l'une des parties faisait « *confiance* » à l'autre. On peut entendre cette confiance comme visant les cas où l'une des parties a un savoir que n'a pas l'autre partie ce qui impliquerait une confiance particulière. On peut aussi penser aux contrats qui reposent particulièrement sur une confiance mutuelle (comme le mandat), même si cette catégorie de contrats souvent est soumise à des législations spécifiques.

Ces dispositions sont d'ordre public puisque « *les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir* » (art. 1112-1 al. 4 C. civ.). Cela traduit clairement la volonté du législateur de renforcer ce devoir d'information et l'importance qu'il veut lui donner.

B- Les sanctions du manquement au devoir d'information

En cas de manquement à ce devoir d'information, le législateur a précisé que cela entraînait « *la responsabilité de celui qui en était tenu* ». Il faut bien comprendre qu'on sanctionne alors un manquement en période précontractuelle. Il s'agit donc d'une **responsabilité délictuelle** (art. 1240 C. civ.).

Toutefois, si ce manquement a été tout de même suivi par la conclusion d'un contrat entre les parties, la loi prévoit la possibilité de demander la nullité du contrat « *dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants* » (art. 1112-1 al. 6 C. civ.). Cela signifie que pour demander la nullité du contrat éventuellement conclu à la suite d'un manquement au devoir d'information, **il faut aller sur le terrain des vices du consentement et en remplir toutes les conditions** (cf. *infra*).

Cela était déjà acquis en jurisprudence :

- *Par exemple* : le simple manquement à une obligation d'information ne suffit pas à constituer la réticence dolosive, en vue de l'obtention de la **nullité** du contrat. Encore faut-il prouver les autres conditions de la réticence dolosive notamment **l'élément intentionnel et l'erreur déterminante**. En effet, « *le manquement à une obligation précontractuelle d'information (...) 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* » (Cass. com., 28 juin 2005)⁴.

L'article 1112-1 al. 4 précise : « *il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.* » Si cette disposition va dans le sens du droit commun de la preuve, elle ne correspond pas aux règles de preuves dégagées par la jurisprudence lorsqu'il est question d'une obligation d'information à la charge d'un professionnel. En effet, dans ce cas, elle considère qu'il appartient au professionnel débiteur de l'obligation d'apporter la preuve qu'il l'a exécutée, qu'il a donc délivré l'information ou le conseil (Cass. civ. 1^{re}, 25 fév. 1997, *Hédreul*, pour un médecin ; Cass. com., 24 juin 2008 : « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* »).

III- La bonne foi

La bonne foi ne figurait dans le Code civil de 1804 qu'à l'article 1134 alinéa 3 selon lequel les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* ». De ce simple alinéa qui ne prévoyait qu'une **exécution** de bonne foi, la jurisprudence a dégagé un principe de bonne foi plus large et notamment au stade précontractuel. En effet, la jurisprudence précitée en matière d'obligation d'information (cf. *supra*) a eu pour fondement la bonne foi de l'ancien article 1134 du Code civil.

⁴ (N.B. : notons également une certaine divergence entre les chambres civiles et la chambre commerciale sur la caractérisation de l'intention en matière de réticence dolosive, cf. *infra*).

Ainsi, d'une place limitée, la bonne foi est devenue en jurisprudence un principe régissant tout le droit des contrats et développant une idée de loyauté entre les parties.

Désormais, l'article 1104 nouveau du Code civil, au sein des dispositions liminaires, dispose que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ». La bonne foi est donc un principe régissant tout le droit des contrats et notamment la période précontractuelle.

L'article 1112 du Code civil précise à nouveau que les négociations doivent être menées **de bonne foi**. Ainsi, les parties ne doivent pas, même au stade précontractuel, tromper ou être déloyales.

Le manquement à une obligation de bonne foi précontractuelle ne devrait être sanctionné que sur le fondement de la responsabilité délictuelle si cela a entraîné un dommage. Cependant, si l'absence de bonne foi s'est caractérisée par un dol ou une réticence dolosive, on pourra obtenir la nullité du contrat, si l'on remplit les conditions propres à ce vice du consentement.