

DEVOIR DATA-ROOM – AUDIT INFORMATION NOTAIRE



PAR
RÉMY D'AGOSTINO
JEAN-JACQUES SAINZ
GROUPE IMMOBILIER



LE DEVOIR GÉNÉRAL D'INFORMATION INSTITUÉ PAR LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS EST-IL LA CONSÉCRATION DE LA JURISPRUDENCE ACTUELLE ET D'UNE CERTAINE PRATIQUE NOTARIALE ?

L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 a introduit au sein du Code civil, au nouvel article 1112-1, un devoir général d'information de droit commun¹. Cette reconnaissance légale a fait grand bruit, tant les inquiétudes des entreprises étaient grandes à l'égard de cette notion tentaculaire².

Ce devoir général d'information trouve son inspiration dans la jurisprudence³, qui a œuvré tout au long du siècle dernier dans le sens du rétablissement entre les parties d'une égalité de fait souvent rompue par la supériorité technique ou économique de l'une d'entre elles (application du principe de « transparence »⁴ au droit des contrats). Certains auteurs vont même jusqu'à considérer le développement du devoir d'information comme l'une des principales créations jurisprudentielles du XX^{ème} siècle en droit des contrats⁵.

Cette notion, qui était absente de façon autonome dans le Code civil de 1804, se retrouvait néanmoins dans les mé-

canismes classiques de droit commun tels que les vices du consentement, la garantie des vices cachés et l'obligation d'exécuter les contrats de bonne foi. Par ailleurs, le législateur a multiplié, dans différents droits spéciaux, les informations à la charge du vendeur dans le souci de protéger le contractant ignorant face au « sachant » (principalement en droit de la consommation avec la notion de professionnel : C. consom. art. L. 111-1).

L'évolution du devoir d'information s'est en outre doublée d'une obligation de conseil mise à la charge des intermédiaires, conseils professionnels et rédacteurs d'actes dont font partie les notaires⁶, toujours dans l'idée de protéger la partie la plus faible, « non avertie ».

Dans ce contexte, et afin de mesurer l'incidence de la réforme sur la pratique notariale, il convient d'apprécier si l'institution d'un devoir général d'information dans le Code civil constitue une consécration de la pratique prétorienne (I) et si une certaine pratique notariale

“
Ce devoir général d'information
trouve son inspiration
dans la jurisprudence.
”

1- 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. 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 ».
2- L'association française des juristes d'entreprise (AJFE) souhaitait notamment que ces dispositions ne s'appliquent pas dans les rapports entre professionnels ou soient supplétives de la volonté des parties.
3- Cass. Com., 21 juin 1960; Bull. Civ. III, n°248.
4- V. JCI. Notarial Répertoire, V° Contrats et Obligations, Fasc. 23 : Obligation d'information.
5- Muriel Fabre-Magnan, Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme : JCP N 2016, n°25, 706.
6- Cass 1^{ère} civ 25-3-2010 n°09-12-294 ; Responsabilité du notaire : J.-L. Aubert, Responsabilité professionnelle des notaires, 4^e éd., Defrénois, n°65 s.

n'avait pas déjà pris la mesure de ce devoir imposé par la jurisprudence (II).

1 – L'INSTITUTION DU DEVOIR GÉNÉRAL D'INFORMATION DANS LE CODE CIVIL : CONSÉCRATION DE LA PRATIQUE PRÉTORIENNE...

Afin d'apprécier si l'institution du devoir d'information de l'article 1112-1 du Code civil constitue une réelle consécration de la pratique prétorienne, il convient d'analyser ses conditions d'existence (A) ainsi que la charge de la preuve et les sanctions en cas de manquement, telles que posées par l'ordonnance (B).

A. LES CONDITIONS D'EXISTENCE DU DEVOIR GÉNÉRAL D'INFORMATION

■ Des prestations réciproques entre les parties

L'article 1112-1 dispose que le devoir d'information pèse sur « celle des parties qui connaît » une information déterminante pour l'autre. Le texte prévoit donc des prestations réciproques : chacune des parties, vendeur ou acquéreur, peut être tenue d'informer l'autre si elle détient une information déterminante. Même si le texte ne précise pas que le devoir d'information peut être étendu à la partie qui « devait connaître » ou ne pouvait pas ignorer l'information, tout laisse à penser que les juges continueront à considérer que l'ignorance illégitime d'une information peut être assimilée à sa connaissance et que la qualité de professionnel permet de déduire que la partie connaît nécessairement l'information. En effet, il est de jurisprudence constante que le vendeur professionnel est assimilé à un vendeur de mauvaise foi, c'est-à-dire à celui qui connaissait les vices cachés de la chose vendue (Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 1972) et qu'il doit faire le nécessaire pour se renseigner. Enfin, notons qu'en l'absence de précision dans le texte quant à la qualité de la partie débitrice du devoir d'information (professionnel ou non), ce dernier s'impose même au contractant non professionnel.

Le créancier de cette information est la partie légitimement ignorante. Les juges

devront préciser ce qu'il faut entendre par ignorance légitime. Toutefois, il est très probable que cette ignorance continuera d'être appréciée « in concreto » en fonction de la qualité des parties (« partie avertie ») et des circonstances. Ainsi, la notion de légitimité impose au créancier de se renseigner et ce d'autant plus que l'élément considéré sera d'une grande importance pour lui.

Cet article introduit en outre la notion de confiance, laquelle n'est pas clairement définie et qui sera susceptible d'appréciation par les juges en fonction probablement de la qualité des parties ou de la nature du contrat. Ainsi, si une partie fournit une information fautive que l'autre partie peut légitimement croire vraie compte tenu de la confiance qu'elle donne à son cocontractant, alors sa confiance sera protégée et on ne lui reprochera pas de ne pas l'avoir vérifiée.

Le devoir d'information général institué par la réforme du droit des contrats consolide ainsi les solutions jurisprudentielles et les différents droits spéciaux qui trouvaient déjà à s'appliquer en matière de ventes immobilières (contrats conclus entre un « sachant » et un « non sachant », ou entre un professionnel et un particulier : Code de la consommation art L. 111-1 pour le consommateur, Code de l'environnement art. L. 514-20 en cas de présence d'une ICPE, Dossier de diagnostic techniques dans le Code de la construction et de l'habitation).

■ Une information déterminante du consentement

L'information doit en outre être « déterminante » pour le consentement de l'autre partie. Cette disposition reprend la jurisprudence de la cour de cassation (Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 2009 n°08-13.761 : à propos d'une circonstance dont il n'était pas établi que l'acquéreur d'un immeuble aurait entendu l'ériger en condition suspensive de son engagement ; Cass. 1^{ère} civ., 4 avr. 1977 : Gaz. Pal. 1978, 1, p. 262 note A. Plancquel : appréciation in concreto). Selon l'alinéa 3 du nouvel article 1112-1, ont une importance déterminante, les informations

qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Ces termes devront être précisés par la jurisprudence tant les définitions auxquelles ils renvoient sont floues. Il est très probable que les juges continueront à apprécier cette notion in concreto en s'interrogeant sur le fait de savoir si le créancier, dans l'hypothèse où il aurait eu l'information ou la bonne information, aurait refusé de conclure le contrat ou l'aurait conclu aux mêmes conditions. Un auteur estime qu'il eût mieux valu utiliser le qualificatif de « pertinent » en lieu et place du terme « déterminant ». En effet, la sanction du non-respect du devoir d'information n'étant pas uniquement l'annulation du contrat mais aussi l'allocation de dommages et intérêts, le qualificatif de déterminant ne doit pas être compris dans le seul sens des vices du consentement mais plutôt comme tout ce qui peut avoir une influence quelconque sur le consentement⁷.

Enfin l'article 1112-1, en indiquant que le devoir d'information « ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation », semble consacrer la jurisprudence Baldus (Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, 98-11.381), ce qui répond aux inquiétudes des entreprises et favorise le principe de la libre négociation dans la détermination du prix. La formulation est généralisée, de sorte que le vendeur n'a pas non plus à informer l'acquéreur sur la valeur de l'immeuble vendu. Nous vous renvoyons à l'article consacré sur ce point, dans les colonnes du présent Bulletin hors-série⁸.

B. LA CHARGE DE LA PREUVE ET LES SANCTIONS DU MANQUEMENT AU DEVOIR GÉNÉRAL D'INFORMATION

Le manquement au devoir général d'information se caractérise par l'absence ou l'insuffisance d'information par rapport à ce qu'elle aurait dû être compte tenu des connaissances de celui qui y est tenu. L'article 1112-1 ne précise pas le régime de responsabilité à appliquer. Toutefois, si le manquement a été commis avant la conclusion du contrat, il nous semble que la responsabilité ne peut être que délictuelle. Sur ce point, on peut se demander si le seul manquement au devoir d'information suffira à engager la responsabilité de son auteur ou si un préjudice distinct sera nécessaire, la

7- Muriel Fabre-Magnan, Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme : JCP N 2016, n°25, 706.

8- Lire par ailleurs l'article en p. 28.

9- Cass. com 3 janv 2012 n°11.10.76 : « Le manquement du professionnel à son obligation d'information ne peut être sanctionné qu'autant qu'il en résulte pour son co-contractant un préjudice dont les juges du fond apprécient souverainement l'existence ».

jurisprudence actuelle penchant plutôt vers l'exigence d'un préjudice distinct⁹. Par ailleurs, la responsabilité délictuelle de la partie à l'origine du manquement pourra se cumuler avec la nullité du contrat si ce manquement a provoqué un vice du consentement (erreur ou dol au sens des articles 1130 et suivants du Code civil en cas de conclusion du contrat).

S'agissant de la charge de la preuve, c'est à celui qui soutient être le créancier d'une obligation d'information de prouver qu'elle est due ; et c'est à celui qui prétend l'avoir exécutée de prouver qu'il l'a fournie. Il s'agit là d'un changement par rapport à l'actuelle jurisprudence, puisque désormais la règle probatoire s'applique aux débiteurs non professionnels alors qu'antérieurement seul le professionnel était tenu de prouver l'exécution du devoir d'information¹⁰.

Le nouvel article 1112-1 du Code civil consolide donc pour l'essentiel les solutions dégagées par la jurisprudence. Le travail interprétatif de la doctrine et de la jurisprudence sera toutefois nécessaire pour préciser certains termes employés, tels que le contenu du contrat ou le lien nécessaire et direct.

Force est de constater qu'une certaine pratique notariale avait d'ores et déjà intégré les acquis jurisprudentiels, de sorte que la réforme du droit des contrats ne constitue pas un bouleversement sur ce point.

2 - ... ET D'UNE CERTAINE PRATIQUE NOTARIALE ?

Il ressort que le notariat, depuis un certain nombre d'années, dans le domaine de l'immobilier dit « institutionnel » a progressivement adapté ses pratiques aux obligations imposées par la jurisprudence et reprises par la réforme du droit des contrats (A). Du fait de la réforme, certaines de ces pratiques seront amenées à se généraliser aux actes de vente les plus courants (B).

A. LA PRATIQUE NOTARIALE DE L'IMMOBILIER DIT « INSTITUTIONNEL »

À titre liminaire, précisons ici que le devoir de conseil du notaire, en sa qualité de rédacteur d'actes, n'a pas été impacté par l'institution du devoir général d'information, qui constitue une notion du droit commun des contrats.

Il sera question ici de la situation des parties, assistées par le notaire, tant au stade des négociations que de la rédaction des contrats.

■ Au stade des négociations

Pour permettre au vendeur de délivrer une information la plus complète possible, le notaire collecte l'ensemble de la documentation immobilière qu'il organisera la plupart du temps sous la forme d'une data-room électronique (laquelle peut faire l'objet d'un dépôt au coffre-fort électronique de la Chambre des Notaires pour permettre au vendeur de se ménager la preuve des informations transmises).

L'arborescence de cette data-room électronique et le libellé des documents qu'elle contient doivent être clairs et qualifiants pour permettre à l'acquéreur de faire son analyse dans les meilleures conditions ; évitant ainsi de le « noyer » avec des informations inutiles. Dans ce sens, la Cour de cassation est venue, à plusieurs reprises, sanctionner les contractants qui multipliaient les informations sans importance pour détourner la vigilance des acquéreurs¹¹.

Cette recherche d'information s'accompagne d'un audit juridique effectué par le notaire du vendeur. À la suite de cette analyse, les éventuelles problématiques juridiques ainsi identifiées orienteront les recherches documentaires complémentaires et seront révélées au vendeur pour lui permettre d'adapter si nécessaire sa communication auprès de l'acquéreur.

Enfin, l'obligation d'information s'exécute dans le cadre du procédé des questions/réponses qui a lieu lors de la phase

de due diligence effectuée par l'acquéreur (une réponse à chacune des questions posées par l'acquéreur devra être apportée dans la mesure du possible).

■ Au stade de la rédaction des contrats

Dans un paragraphe intitulé « Exposé – contexte de l'opération et intention des parties », il est d'usage de faire état du respect par le vendeur de son obligation d'information et des diligences opérées par l'acquéreur, lequel est tenu d'une obligation de se renseigner. Ce dispositif est un sous-jacent de la vente dite en l'état, consentie sans garantie du vendeur (et notamment la garantie des vices cachés) autre que les garanties légales d'ordre public.

Si cette pratique notariale était pour l'heure réservée aux institutionnels, elle est amenée avec la réforme du droit des contrats et l'institution d'un devoir général d'information, à se généraliser, dans certaines de ses composantes, aux ventes immobilières entre particuliers.

B. VERS UNE GÉNÉRALISATION DE CETTE PRATIQUE

Le devoir général d'information, institué par la réforme, est venu confirmer le bienfondé de cette pratique tout en étendant le contenu du devoir d'information.

Désormais, les parties ne peuvent ni limiter ni exclure ce devoir qui est d'ordre public. Cela vient renforcer les déclarations faites par vendeur dans les actes de vente quant à la délivrance de l'information. À ce titre se pose toutefois la question de savoir si le vendeur est tenu de

faire état de façon expresse des problèmes juridiques identifiés. À notre sens, il nous semble que cela soit préférable en présence de points juridiques majeurs.

L'acquéreur, de son côté, devra toutefois révéler son projet au

vendeur puisque le texte prévoit une asymétrie de l'information (« celle des parties qui connaît »).

De façon générale, les parties devront se renseigner, poser des questions et collaborer pour définir leurs besoins et ainsi le contenu du contrat.

10- Cass civ 1^{ère} 25 fev 1997 n°94-19685 Bull. Civ I n°75.
11- Cass 3^{ème} civ 26 juin 1991 n°89-21.325.

Ainsi donc, la conservation des justificatifs de l'exécution du devoir d'information (courriels, sommaires des data-room, dépôt au coffre-fort électronique de la Chambre des notaires) revêt désormais une importance d'autant plus grande depuis la réforme.

La pratique des audits juridiques réalisés par le notaire du vendeur est amenée à se généraliser pour permettre au vendeur de disposer de l'information la plus complète possible. S'agissant des data-room électroniques, le recours à ce procédé sera arbitrée en fonction du dossier. De même, l'introduction d'un exposé - intention des parties dans les actes de vente, aux termes duquel les parties font état du respect du devoir d'information et qui contient

le cas échéant la liste des éléments déterminants du consentement de l'acquéreur, est amenée à se généraliser.

Nous pouvons par ailleurs nous interroger sur l'utilité d'une généralisation d'un questionnaire dit acquéreur (dont la forme et les modalités restent à définir) grâce auquel l'acquéreur serait guidé

dans la communication et la description de son projet d'acquisition. Cette pratique est toutefois susceptible d'entraîner des dérives, dans la mesure où en contractualisant « tout » le contrat s'en trouverait fragilisé. Il convient cependant de réserver

“

La pratique des audits juridiques réalisés par le notaire du vendeur est amenée à se généraliser pour permettre au vendeur de disposer de l'information la plus complète possible.

”

ce point dans les hypothèses où le projet de l'acquéreur est particulièrement identifié, ce qui sera le cas par exemple en présence d'un projet de construction

ou d'un changement de destination. Pour conclure, le devoir général d'information institué par la réforme du droit des contrats consolide pour l'essentiel les acquis jurisprudentiels qui avaient déjà été pris en compte par une certaine pratique notariale ; laquelle est amenée à se généraliser, dans certaines de ses composantes, à toutes les ventes immobilières. La définition légale comporte toutefois des zones d'ombre auxquelles devront répondre les juges.

L'application de ce devoir général d'information devrait, nous l'espérons, toutefois se faire avec raison. En effet, comme l'a très justement souligné le Professeur Hugo Barbier (RTD Civ octobre-décembre 2016), « *la transparence précontractuelle n'est pas un objectif atteignable, ni même souhaitable car à obliger à dévoiler les pensées de l'un, on épuiserait la volonté de l'autre. Le contrat est une rencontre d'arrière-pensées disait Paul Valérie, qu'il le reste !* ».