

Concours : ENM CC

Epreuve : Droit civil

CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de la feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.



"L'écrit consiste en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support" dispose l'article 1365 du Code civil. Cette disposition relative à la preuve des obligations intéresse au-delà du droit de la preuve, et concerne l'ensemble du droit des obligations. Il s'agit donc de s'interroger sur la place de l'écrit dans les règles régissant les rapports entre débiteurs et créanciers, quel que soit la source et le régime de leurs obligations.

L'écrit en droit des obligations devrait être une question marginale. D'une part l'article 1172 du Code civil dispose que "les contrats sont par principe consensuels", ce qui signifie qu'ils se forment en principe sans écrit, "par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression" (art 1109 al. 1^{er} c. civ.).

D'autre part, l'article 1358 du Code civil dispose que "hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen". Ces principes datent du Code civil de 1804 et ont été réaffirmés par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Il s'agit d'affirmer l'autonomie de la volonté, la valeur de la parole donnée, la souplesse et la rapidité des transactions.

en droit des contrats (doc 1). Il s'agit de privilégier la vérité, sans enfermer le régime dans un système de preuves préconstituées et parfaites, en droit de la preuve. Il se peut dès lors se demander pourquoi les rédacteurs de l'ordonnance précitée ont tenu à consacrer un article spécial à la définition de l'écrit, juridicisant ainsi une notion qui existe dans la vie courante.

C'est que l'écrit en droit des obligations est en réalité une question loin d'être marginale. Il s'agit d'un outil qui présente bien des avantages. Dès le 16^e s il avait supplanté la reine des preuves qu'était le témoignage, étant jugé plus fiable (doc 3). Il a été pris en considération lors de l'élaboration du Code civil, et le législateur a rapidement réagi au progrès technologique au début du 21^e siècle, par deux lois de 2000 et 2004 sur la signature et l'écrit électronique (Doc 4). En définitive, les échanges dématérialisés ont fait craindre un instant que l'écrit perde en fiabilité. D'une autre côté, il n'était plus possible de lui reprocher d'être un obstacle à la rapidité des échanges. En outre, la sécurité, notamment pour la partie faible d'un contrat, impliquait la protection par l'écrit.

Il apparaît donc que le droit positif des obligations repose sur des principes indifférents à l'écrit, tout en accordant une large place à l'écrit. Ce paradoxe se constate, que l'on considère l'écrit validant (I) ou bien l'écrit probatoire (II).

I) L'écrit validant en droit des obligations

La question de l'écrit validant concerne nécessairement avant tout le droit des contrats, l'article 1103^{alinéa 2} du Code civil disposant que

"le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi". Les formes sont écrites, si bien que l'écrit peut être condition de validité (A). A défaut d'écrit, le droit des obligations prévoit des sanctions (B).

(A) L'écrit condition de validité

L'écrit pour les contrats solennels n'est pas seulement un mode d'expression de l'échange des consentements, il subordonne la validité même de cet échange.

Cette idée ressort des articles 1172 et 1173 du Code civil. L'article 1172 précise en son alinéa 2 que, par exception, au principe du consensualisme, la validité de certains contrats dit solennels est subordonnée à l'observation de certaines formes. L'article 1173 du même code précise, s'il en était besoin, que ce formalisme validant ne doit pas être confondu avec "les formes exigées aux fins de preuve ou d'opposabilité".

Pour que ce contrat soit valablement formé même en cas d'échanges électroniques, les dispositions du Code civil relatives à la conclusion du contrat englobent des dispositions propres au contrat conclu par voie électronique, articles 1175 à 1177-4. Les dispositions sont complétées par les articles 1174 à 1177 du même Code, relatifs aux contrats solennels. L'écrit électronique est donc assimilé à l'écrit papier, l'article 1^{er} du décret n° 2017.1416 du 28 septembre 2017 prévoyant même que "la fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée jusqu'à preuve du contraire".

Deux remarques doivent cependant être faites : d'une part, l'article 1175 exclut

certains actes de la possibilité d'être établis et conservés sous forme électronique. Il s'agit notamment de tous les actes sous signature privée relatifs au droit de la famille et des successions (sauf conteseing par avocat). Cela montre que la fiabilité de l'écrit papier reste parfois préférable à la fiabilité de l'écrit dématérialisé, dans des domaines aussi importants que l'état et la capacité des personnes. D'autre part, l'article 1174 précité, qui concerne explicitement le formalisme validant, renvoie aux conditions prévues aux articles 1366, 1367 et 1369 du Code civil relatifs au formalisme probatoire, ce qui n'est pas sans créer de confusion.

Ce qui distingue le formalisme validant des autres est néanmoins clairement la sanction qui y est attachée.

(B) la sanction du défaut d'écrit

L'article 1172 du Code civil prévoit, en toute logique et cohérence, que la sanction du défaut de formalisme prévu par la loi est la nullité. Il s'agit de la sanction générale pour tout contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité (art. 1178 c. civ.).

Ainsi, les contrats qui concernent eux-mêmes des opérations sur obligations, quelle que soit l'origine contractuelle ou non de celles-ci, prévoient systématiquement que l'opération "doit être constatée par écrit, à peine de nullité" (art. 1322 c. civ pour la cession de créance et 1327 c. civ pour la cession de dette). Certains auteurs regrettent ce formalisme, propre à décourager, mais reconnaissent qu'il s'agit d'un outil de protection efficace, tant pour donner date à l'apparition

Concours : ENM CC

Epreuve : Droit civil

CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de la feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.



aux liers que pour les parties qui doivent être en mesure de savoir à quoi elles s'engagent (Doc 2).

La sanction du défaut d'écrit est donc radicale. Ainsi, en matière de vente immobilière, dans la mesure où l'acte n'est valable que sous la forme authentique, ne peut subsister la vente sous forme d'acte sous seing privé après inscription de faux reconnue fondée (Doc 7, Art 17 juin 2015). En effet, la forme exigée par la loi pour la validité du contrat est le caractère authentique de l'écrit, si bien que l'anéantissement de cette authenticité entraîne inévitablement l'anéantissement de l'accord de volonté.

Encore faut-il que la sanction, et donc que la nature solennelle du contrat, soit certaine : la jurisprudence accorde certes à l'écrit la place que le législateur entend lui accorder, mais veille également à la sécurité des conventions et ne prononce pas la nullité lorsque le législateur ne l'a pas expressément prévu. Ainsi, le débat peut porter sur la valeur *ad sollemnitatem* ou *ad probationem* de l'écrit nécessaire dans un contrat, et la jurisprudence ne prononce pas la nullité, estimant que le contrat est établi par d'autres moyens (Doc 6 3° 12 janvier 1978). Ainsi dans cet

exemple du mandat, ainsi également de la transaction de l'article 2044 du Code civil qui se contente de disposer que "ce contrat doit être rédigé par écrit", sans préciser la sanction attachée au défaut d'écrit.

Cette situation montre que la frontière n'est pas vraiment étanche entre formalisme validant et formalisme probatoire, et qu'un formalisme non prescrit à peine de nullité est volontiers interprété comme un formalisme permettant la preuve des obligations. Il s'agit en effet de la seconde série de dispositions accordées à l'écrit par le droit des obligations.

II) L'écrit probatoire en droit des obligations

En droit des obligations, l'écrit revêt une grande importance pour prouver tant l'existence de l'obligation (A) que son contenu (B).

(A) la preuve de l'existence de l'obligation

Le droit commun des obligations en matière de preuve est mixte, en ce qu'il prévoit un principe de liberté de la preuve à l'article 1358 du Code civil, comme il a été dit en introduction, avec néanmoins des exceptions.

L'écrit tient une place dans les deux systèmes : il est bien évident que la preuve d'un fait juridique ayant fait naître des obligations ne doit pas mais peut être apportée par écrit, ainsi par exemple du constat dressé après un accident de la circulation.

Mais il est également vrai que l'écrit sous signature privée ou authentique, exigé pour établir l'existence d'un acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant 1500 €, (art 1359 al 1^{er} c.civ), n'est pas toujours

nécessaire. Il ne l'est pas, notamment, "s'il est d'usage de ne pas établir un écrit" (art. 1360 c. civ), autrement dit en matière commerciale. Cette règle est ancienne mais perdure, en ce qu'elle évite à l'écrit de subir le reproche de ralentir les échanges et l'économie (Doc 1).

Cet écrit sous signature privée ou authentique n'est pas nécessaire, non plus, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve (art. 1361 c. civ).

Cela montre que l'écrit, dont la force probante est parfaite, peut être suppléé par un autre écrit que la forme rend preuve imparfaite, mais qu'un autre élément pourra rendre fiable.

La Cour de cassation peut ainsi, en cas de nullité de l'acte instrumentaire, se référer au contenu de cet acte et à d'autres éléments, parfois même à d'autres écrits, pour juger que la preuve de l'existence des obligations est apportée (Doc 5). Le commencement de preuve par écrit étant "tout écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte ou de celui qu'il représente, rend vraisemblable ce qui est allégué" selon l'article 1362 alinéa 1 du Code civil, le législateur lui reconnaît une force probante particulière pour la seule raison que l'écrit semble plus fiable que tout autre pour prouver l'existence de l'obligation.

Il ne faut pas néanmoins méconnaître son rôle probatoire quant au contenu de l'obligation.

(B) la preuve du contenu de l'obligation

Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont privilégié l'écrit en marge des conditions de validité ou du droit de la preuve stricto sensu. Il ne s'agit pas toujours de dispositions nouvelles, mais l'on remarque que l'emploi

systématique de mises en demeure et d'actions interrogatoires fait la part belle à l'écrit.

Ainsi, en cas d'inexécution du contrat, le créancier n'aura-t-il la possibilité de mettre en œuvre la résolution que s'il a notifié au préalable son intention au débiteur (art 1724 c.civ). Cet écrit a avant tout pour objet d'établir avec précision les engagements exécutés et restant à exécuter.

Autre exemple, l'action interrogatoire de l'article 1183 du Code civil permet de confirmer un contrat, dans le cas où une cause de nullité aurait auparavant existé. Il s'agit d'un instrument de sécurisation de l'existence, mais également du contenu du contrat en toutes ses clauses.

Enfin, l'écrit tient un rôle important dans la preuve du contenu de l'obligation, en ce qu'il est une base pour l'interprétation du contrat. En effet, les règles des articles 1188 à 1192 du Code civil relatives à l'interprétation du contrat sont certes supplétives, mais il faut bien admettre qu'elles se réfèrent sans arrêt à l'écrit. ("sens littéral des termes", "clauses"). Cela peut surprendre dans un système où le contrat est en principe consensuel, et où les obligations se prouvent en principe par tout moyen. Force est de constater que l'expression du consentement se fait souvent par écrit même lorsque ce n'est pas exigé, et que l'écrit probatoire dans son ensemble est encouragé, en raison de sa fiabilité et de son expressivité.