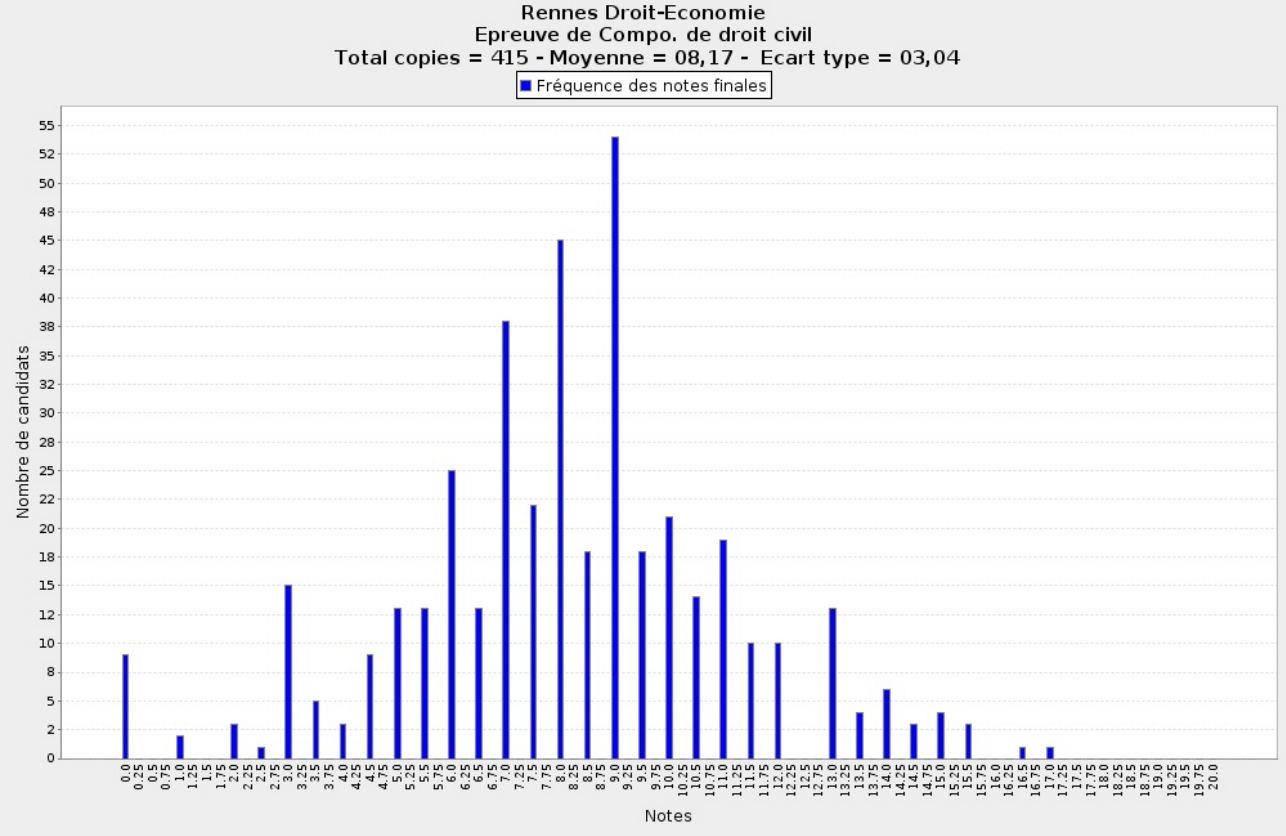
Concours D-E 2020

Épreuve écrite de droit civil

Rapport de jury

I – Statistiques



II – Rapport

Cette année a constitué une année de transition, à la fois marquée par le passage vers une nouvelle forme de concours et par une organisation adaptée à la crise sanitaire. S'agissant d'aspects purement matériels le passage à la correction en ligne s'est déroulé de façon très satisfaisante : indiquons simplement aux candidats qu'il est préférable d'utiliser une encre noire et d'écrire de façon lisible.

Au titre des remarques liminaires, nous avons constaté qu'il y avait très peu de traitement hors sujet au regard des années précédentes quoique, souvent, une partie entière des copies traitait d'un autre thème que celui qui était proposé. En règle générale, les connaissances des candidats nous ont semblé solides ce qui n'est pas toujours le cas à propos de cette épreuve. Quant à l'autorisation du Code civil au concours celle-ci s'avère ne présenter que des aspects positifs. On aurait pu craindre, par exemple, que nombre de candidats ne se livrent à une utilisation abusive des textes ou de la jurisprudence pour étayer artificiellement leur copie. Il n'en a rien été sauf à de très rares occasions. Toutefois, nous avons relevé que des jurisprudences caduques (c.a.d. antérieures et contradictoires à l'ordonnance du 10 février 2016) étaient souvent indument exploitées dans le raisonnement. Le nombre de copies blanches ou de pure complaisance a, enfin, pratiquement disparu, confirmant en cela une tendance de fond qui traduit la plus grande maturité des candidats.

Il convient toutefois d'attirer l'attention des candidats et des préparateurs sur la nécessité d'actualiser les connaissances. Il nous semble en effet aberrant de devoir souligner en 2020 que l'objet du contrat n'existe plus,

que la jurisprudence sur la cause n'a plus de sens, qu'il n'y a plus de qualité « substantielle » pour l'erreur etc. On s'étonne de voir dans de nombreuses copies des références au standard du « bon père de famille », mention doublement choquante, juridiquement et socialement. Tout cela a changé - et en mieux - ce qui doit inciter les candidats à travailler sur des ouvrages récents et non sur les fiches de leurs ainés.

Il faudra également veiller à respecter les consignes indiquées dans les rapports de jurys successifs (que nous vous invitons à relire attentivement) : certaines dissertations ressemblent davantage à des abstracts de thèse, truffées de citations et de références à la doctrine, et dans lesquelles les candidats – pour cette année tout le moins - voient de l'information partout sans se concentrer sur ce que le Code civil appelle information. Il convient donc de ne pas orienter la pensée vers des considérations à dimension philosophique mais au contraire à éclairer le droit positif

Nous terminerons ce bref rapport sur une remarque qui devient constante dans nos propos : il est nécessaire que les candidats fassent l'effort de dégager de véritables problématiques. Dans la moitié des copies, cette exigence, somme toute élémentaire, n'est pas suivie. Le plus souvent, les candidats paraphrasent l'intitulé du sujet ou se contentent de le recopier. Il nous semble préférable, ainsi, que la problématique se dégage d'elle-même dans la délimitation du sujet plutôt qu'elle soit posée sous forme de question à la rédaction artificielle. De telles problématiques conduisent, en effet, à concevoir des plans médiocres qui entraînent un mauvais traitement du sujet et, ce, même si le rédacteur fait état de connaissances approfondies.

Vous trouverez ci-dessous, une proposition de corrigé très exhaustive qui nous a servi de socle pour réaliser nos corrections (3 correcteurs). Elle ne reflète pas, naturellement, le véritable niveau d'exigence pour une épreuve de cette durée. Nous signalerons cependant que certain(e)s candidat(e)s parviennent à se rapprocher de cet idéal, ce dont nous les félicitons.

L'information dans la formation du contrat.

« *Abundans cautela non nocet* » (une précaution excessive ne fait pas de tort) nous disent les *institutes ;* c'est une indication datée, certes, mais elle nous est précieuse historiquement et elle nous alerte, rétrospectivement, sur l'intérêt à instaurer des mesures de protection avant la conclusion du contrat.

*

A l'origine, en droit, cette information prend la forme dérivée du formalisme. Aux premiers temps de Rome, c'est la parole sacrée qui donne la force au contrat, car elle en appelle à l'intervention divine (*ex nudo pacto* etc.). Désacralisé, le formalisme apparait - par la suite - dans le Code civil sous l'aspect dual que nous décrit traditionnellement la doctrine : d'une part il est institué lorsqu'il convient de protéger une partie (le mineur etc. *ad validatem*), d'autre part, la loi l'impose pour parfaire la preuve (*ad probationnem*).

*

Ce serait réducteur, toutefois que de n'envisager la question de l'information que sous l'angle étroit du formalisme. L'étymologie du terme, d'ailleurs, en atteste : en latin d'abord « *informatio* « *dessin, esquisse ; idée, conception* ». En vieux français, ensuite : « *enquête faite en matière criminelle par les officiers de police* » (1247), « *renseignements que l'on obtient sur quelqu'un »* (1360) ou « *action de* ***donner une forme*** *»* (1495 – où l'on retrouve à la fois le sens juridique et l'approche contemporaine de l'information).

« *Donner une forme* », voici qui nous ramène à la formation, qui peut se définir comme étant la matérialisation, la construction, l'élaboration aussi bien que l'amélioration (l'étudiant a bien été *formé* par exemple*).* Quant au contrat, le Code civil, depuis l'ordonnance du 18 février 2016 (l'Ordonnance), le définit à l'article 1101 comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

*

Comme le libellé nous le suggère, l'information joue un rôle **dans** la formation du contrat, c'est-à-dire, au-delà du formalisme probatoire – qui n'a pas à être examiné ici, non plus que dans l'exécution du contrat -, **dans l'élaboration du rapport d'obligation**. En effet, le contrat n'est que l'instrument juridique, en définitive, de ce que les parties souhaitent *de facto* : créer un rapport d'obligation, c'est à dire un lien de droit qui leur permet de sécuriser leurs relations sociales et, le plus souvent, leurs transactions.

Ainsi compris, on mesure que l'information est au cœur de l'accord qui n'est sans doute donné (sauf vice du consentement) qu'en toute connaissance de *cause*, c'est-à-dire lorsque les parties ont été en mesure d'apprécier l'étendue de leur engagement. Cet éclairage permet ainsi de comprendre qu'avant que l'information soit « **dans** » le contrat, il a fallu qu'elle soit ailleurs, parce qu'elle n'en est pas consubstantielle. Elle a, en effet, précédé la formation du contrat pour y entrer par la suite, le structurant en renseignant les parties afin qu'elles puissent, sciemment, s'en servir pour générer des obligations.

Au niveau textuel, l'information, depuis l'Ordonnance, fait l'objet d'indications plus précises car elle est articulée plus distinctement qu'auparavant entre phase précontractuelle et formation du contrat et les conséquences du défaut d'information en sont davantage mesurables. Ainsi, existe-t-il désormais une sujétion générale de renseignement appelée « *devoir d'information* » (article 1121-1 Cc alinéa 2) qui n'existe, textuellement, que depuis 2016. Le principe de bonne foi, par ailleurs, imprègne la relation précontractuelle (article 1104), supposant la production d'une information sincère, sanctionnable - au cas contraire - par la nullité relative afférente aux vices du consentement (art. 1121-1 alinéa 5).

Mieux encore, des mécanismes nouveaux ont été mis en place afin qu'un cocontractant puisse solliciter une autre personne, partie ou tiers, afin de connaître, via une action interrogatoire, sa position relative à une situation contractuelle (par exemple, pour le pacte de préférence, art. 1123 al. 3 Cc)

*

L'information apparaît, ainsi, être une outil juridique destinée à pénétrer le contrat afin d'en éclairer et valider le consentement.

*

Pour que ce consentement existe, qu'il soit éclairé, libre et non vicié (selon l'ancienne expression du code civil) encore faut-il qu'il repose sur une information donnée **préalablement à la conclusion du contrat aux fins de le structurer (I)**. La formation du contrat, qui n'est qu'un instant abstrait, une vue de l'esprit, a pour objectif de créer des obligations à partir de cette structure qui va forger le contenu du contrat. Il sera construit sur la foi des informations échangées mais il permettra, dans **l'approche prismatique qui nous est suggérée, de sanctionner le défaut d'information (II).**

I / Information et structuration du contrat

Le Code civil ne renvoie pas, avec raison, à un devoir général d'information mais au contraire limite avec sagesse le devoir de communication aux seuls renseignements susceptibles de motiver le consentement. Cela répond à la notion d'information déterminante (A), ce caractère *déterminant* étant laissé à l'appréciation du juge mais non à sa discrétion (B).

A/ La notion d'information déterminante

C'est une notion jurisprudentielle à l'origine, matérialisée au départ par l'obligation de conseil pour des contrats catégoriques et/ou des parties spécifiques (notaires, assureurs etc..).
C'est une « *obligation* » de renseignement et de conseil, parfois dite « *devoir de conseil* » (N.B pour les correcteurs, c'est ce qui figure dans le Dalloz) selon les termes utilisés par la jurisprudence. Dans tous les cas, le conseil est une information mais elle est adaptée aux cocontractants : à celui qui en est débiteur (chaque catégorie de professionnel a des obligations spécifiques) et à la situation matérielle du créancier. Référence peut être faite, par exemple, à l'obligation générale de loyauté (Cass. Civ. 1ère, 31 oct. 2012) ou d'une obligation catégorique (en matière bancaire : Cass. civ. 1ère, 8 juin 2004)

Hors barème
Droit de la consommation : introduit textuellement l'obligation d'information pour la première fois (l'article L.111-1 du Code de la consommation disposait (abrogé par l'ordonnance de 2016) qu'« avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible » certaines informations.

Le Code civil dans sa nouvelle rédaction reprend les grands traits du mécanisme mis en place auparavant par le droit de la consommation. Toutefois, comme le contrat n'est pas formé, il ne saurait y avoir d'obligation, raison pour laquelle il évoque un **devoir** d'information. (Article 1112-1 : « *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.* »)

L'étymologie est ici d'un grand secours pour apprécier la notion. L'information visée est celle qui a poussé les parties à agir : elle a sans doute *déterminé* le consentement.

*

On mesure bien, ici, que le Code civil donne une dimension **subjective** à l'information[1] : c'est celle (ou celles) qui, dans chaque contrat considéré a (ont) permis aux parties de se décider à contracter. C'est donc à une appréciation au cas par cas à laquelle le juge devra se livrer pour établir le caractère déterminant de l'information et, ce, en fonction sans doute de la qualité ou de la sagacité des parties.

Cette caractéristique est renforcée, au surplus, par l'exclusion, par le législateur, de l'information sur la **valeur** qui ne saurait être déterminante. L'article L. 1112-1 alinéa 2 dispose à ce titre que : « ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. » Cette limitation à l'information sur la valeur s'explique par le raisonnement parallèle au rejet de l'erreur sur la valeur. Si le prix (c'est-à-dire le nombre d'unités monétaires **juridiquement fixé** pour l'échange) est un renseignement qui doit faire l'objet d'une information ; la valeur (c'est-à-dire le nombre d'unités monétaires **qui pourrait être obtenu sur le marché**) n'a pas à être communiquée à l'autre partie. La raison en est simple : si l'erreur sur la valeur était admise, il serait trop facile de l'invoquer pour demander la nullité du contrat et la sécurité contractuelle serait bafouée.

Hormis cette exception de taille, car il faut se convaincre que le prix est presque toujours le facteur essentiel dans le consentement, ce caractère déterminant étant laissé à l'appréciation souveraine du juge du fond.

B/ L'appréciation du caractère déterminant

Ce dernier, cependant, est lié dans son appréciation par un principe, celui de bonne foi ; assorti d'une autre limite posée par l'alinéa 3 de l'article L. 1112-1.

La **bonne foi** est désormais un principe général du droit des contrats ; d'abord dans les négociations et, ce, aux termes de l'article 1112 du Code civil qui dispose que « *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». Or, la bonne foi n'est pas définie et encore moins circonscrite dans les textes mais on en trouve une trame d'interprétation assez lâche dans la rédaction de l'article de L 1112-1, qui dispose de la mise en œuvre du devoir d'information

[1] A la différence de la technique qui avait été utilisée pour le Code de la consommation en 1993 – puis en 2014 – (i.e. « les caractéristiques essentielles du bien ou du service ; le prix du bien ou du service ; la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ; les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités (ancien art L. 111-1 abrogé en 2016)». Hors barème

au profit d'une des parties « *lorsque légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant*. »

Par suite, on retrouvera ce principe qui jouera à tous les stades du contrat ainsi qu'il en est établi dans l'article 1104 du Code civil : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». Bien entendu, on saisit d'emblée que si la bonne foi est exigée lors de la formation, elle sera essentiellement appréciée en fonction des informations reçues avant l'accord.

Comment la jauger, cependant ? On peut penser que la bonne foi est la croyance d'une personne en un fait ou un acte alors qu'il est peut-être faux. Ce serait, semblablement, un agissement qui aurait pour support la croyance que quelque chose est vrai alors que c'est faux. Ainsi la présentation d'une donnée, la production d'une information va être liée à la subjectivité d'une partie et, parfois même, à son système de croyances.

Inutile de souligner que cette dimension subjective peut s'avérer dangereuse, facteur d'insécurité contractuelle ; raison pour laquelle le Code civil objectivise la production de l'information dans l'alinéa 3 de l'article L. 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.

On peut, de la sorte, mesurer qu'il existe un triptyque pour apprécier le caractère déterminant :
L'information doit :

- avoir un lien **direct** avec le contenu (ancienne cause et objet, sans doute) ;
- être **nécessaire** à ce contenu (doit permettre, sans doute, de rédiger les clauses et de fixer le prix) ;
- le tout étant apprécié **(bonne foi)** en fonction de la croyance en la justesse ou l'exactitude des faits ou des actes par l'autre partie.

Hors barème
En atteste que, alors qu'il arrive fréquemment qu'en la matière, la charge de la preuve soit inversée (ex : cas civ 1ère 11 octobre 2017,en matière d'obligation d'information en droit de la consommation « ***il incombe au vendeur professionnel, tenu envers son acquéreur d'une obligation de renseignement et d'information, d'établir qu'il a exécuté cette obligation*** ».

L'alinéa 4 de l'article L. 1112-1 dispose de la solution inverse en droit commun
« 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. »

Hors barème car cette info n'est pas nécessairement « dans » le contrat (elle peut quand même l'être)
L'information, qu'elle soit déterminante ou non peut également être **confidentielle** : « Art. 1112-2.-Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun ». Cette disposition vise à matérialiser l'ancienne jurisprudence qui sanctionnait la pratique de fausse négociation visant à soutirer des informations avec qui, en définitive, la supposée partie n'avait jamais eu l'intention de contracter. On le voit, dans ce cas de figure, la responsabilité extra contractuelle est encourue.

II / Défaut d'information et sanction contractuelle

En pratique, le devoir d'information se devait d'être sanctionné de façon spécifique. En effet, il est lié au contrat parce qu'il le structure mais son inexécution n'a souvent guère de conséquences néfastes si le contrat n'est pas conclu. Ainsi, la sanction ne jouera généralement qu'après que le contrat ait été formé et, ce, dans deux hypothèses : l'absence d'information vraie et/ou nécessaire (A) ou la production d'information(s) fausse(s) par l'autre partie (B).

A / L'absence d'information nécessaire

L'absence d'information est doublement sanctionnée aux termes de l'article L. 1112-1 alinéa 6 du Code civil « *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*. ».

Hors barème

Erreur de plume sans doute car il aurait fallu écrire « *nullité* » (?), en tous cas on remarque que le législateur n'exclut pas l'hypothèse d'une sanction de nature extracontractuelle au stade des négociations. Il s'agit toutefois là d'un autre sujet puisque cela ne concerne pas l'information *dans* le contrat.

S'agissant de ce dernier, le renvoi aux articles 1130 et s. concerne les vices du consentement.

D'abord, l'absence d'information peut susciter une erreur. L'erreur s'entend en effet classiquement comme étant une **fausse représentation de la réalité** et cette fausse représentation a pu découler de l'absence de production d'une information qui était nécessaire à l'autre partie pour apprécier la situation (pour un exemple courant de défaut d'authenticité d'un tableau : l'affaire Poussin, Cass civ 1ère, 13 décembre 1983). La sanction en est posée à l'article 1132 du Code civil qui dispose que « *L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant* ».

A l'évidence, l'absence d'information rend l'erreur excusable. En revanche, l'erreur sur la valeur n'est pas prise en considération. Cela doit être mis en relation avec les dispositions de L. 1112-1 alinéa 2, précité « *Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation* ». L'erreur sur la valeur étant inopérante (article 1136), point besoin de renseigner la valeur avant de conclure le contrat ; nous avons d'ailleurs déjà soulevé ce point dans la première partie.

L'absence d'information, en revanche, peut permettre de faire jouer la nullité pour erreur sur la valeur si cette erreur a été surprise par dol. L'article 1137 alinéa 2 dispose en effet que « *constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ». Comme le dol est une erreur provoquée par l'autre partie, la volonté de nuire, sous-jacente (mais non exigée) aux manœuvres de l'autre partie, conduit à écarter les limitations qui étaient liées à l'erreur (caractère inexcusable, erreur sur la valeur, les motifs) et, ainsi, à élargir la sanction.

A ce titre, l'absence de production d'une information est constitutif d'un dol par réticence, notion développée par la jurisprudence (par exemple : Cass. civ. 3ème, 27 mars 1991) et aujourd'hui codifiée à l'alinéa 2 de l'article 1137 qui dispose que constitue également un dol « *la dissimulation intentionnelle d'une information dont il (l'autre partie) sait le caractère déterminant pour l'autre partie* »

Ainsi le silence, en tant qu'il n'éclaire pas le consentement de l'autre partie est susceptible d'entraîner la nullité du contrat.

Hors barème
Ce silence n'est toutefois pas systématiquement sanctionné par la nullité. En effet, l'article 11 23 Cc qui dispose du régime du pacte de préférence a introduit un nouveau mécanisme contractuel, l'action interrogatoire qui permet à un cocontractant de vérifier, avant la conclusion du contrat, que le bénéficiaire d'un pacte de préférence n'a pas l'intention de le faire jouer à son profit. Ainsi l'alinéa 3 de l'article 1123 dispose que « Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. » L'alinéa 4 du même article ajoute, en matière de sanction que : « *L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat* ».

B/ La production d'information(s) fausse(s)

Le dol, toutefois, s'entend plus traditionnellement de la production d'informations fausses, le dol par réticence n'étant que d'apparition récente. En effet le dol – qui est un délit à Rome, ce qui a imprégné notre droit – est avant tout le résultat d'une **manœuvre**. Ce point est d'ailleurs suffisamment important pour que la Cour de cassation exerce son contrôle non sur les faits eux-mêmes mais sur la légalité du dol (Cass. civ. 30 mai 1927). La production d'informations fausses est ainsi, en elle-même une manœuvre car c'est une « *manœuvre intellectuelle* » (Cass. civ. 1ère 8 déc. 2009)

Ces manœuvres supposent d'ailleurs une intention, ce qui fait dire à certains auteurs qu'il a un **élément intentionnel** (d'autres y verront une séquelle du droit romain qui assimile le dol a un délit). Quoiqu'il en soit, le juge du droit a déjà rendu des décisions en matière d'information : il faut toujours qu'il y ait intention pour que le dol soit qualifié. C'est le cas en matière de silence conservé lors des négociations : (Cass. com. 22 juin 2005, par exemple, qui nous dit que le manquement à une obligation précontractuelle d'information ne peut suffire à caractériser le dol par réticence - il faut au surplus une erreur et l'intention).

La fausse information prenant la caractéristique d'une manœuvre intellectuelle intentionnelle est, de la sorte, constitutive du terme non juridique de mensonge, reconnu comme étant constitutif d'un dol pour la première fois par le juge du droit en 1970 (Cass. civ. 3ème, 6 nov. 1970). Depuis 2016, la mention du mensonge figure

cependant à l'alinéa 1 de l'article 1137 : « *le dol est le fait pour un cocontractant d'obtenir le consentement de l'autre partie par des manœuvres ou des mensonges* ». On mesure toutefois que le législateur le distingue clairement des manœuvres à la différence de la jurisprudence.

Hors barème, une conclusion n'est pas obligatoire, loin s'en faut, dans une dissertation de droit
On mesure, en **conclusion,** que l'information, telle qu'elle ressort des dispositions de l'Ordonnance, a changé de caractère. Le législateur l'a modernisée : alors qu'elle était auparavant objective et résultant d'une liste de renseignements à fournir à l'autre partie elle est devenue subjective, à mi-chemin des anciens devoirs de renseignement et de conseil imaginés par la jurisprudence. Ainsi elle s'insère parfaitement dans l'ancien édifice contractuel car elle en devient indissociablement liée au consentement.