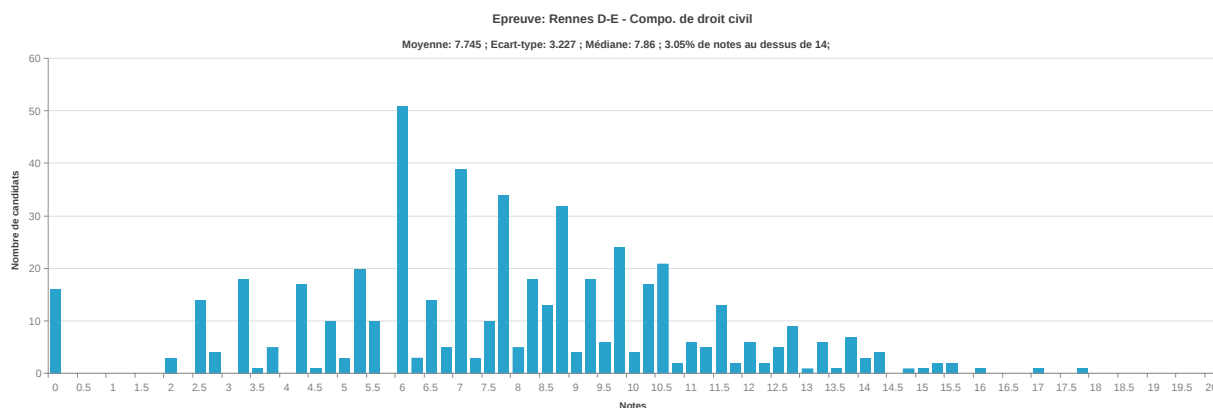


Rapport de jury Épreuve écrite de droit civil

I – Statistiques



II – Rapport

1 / Analyse de la session 2023 du concours

Bilan

Comme la proposition de corrigé le sous-tend, de nombreux pans du droit des obligations pouvaient permettre de traiter le sujet et, en tout état de cause, la production d'une copie satisfaisante dépendait simplement de l'analyse du terme « malhonnêteté », inconnu – ou presque – du droit, afin de pouvoir le transposer et l'illustrer à travers des concepts juridiques.

Pour celles ou ceux des candidat•e•s qui s'étaient bien livrés à cet exercice de définition, de nombreuses voies pouvaient être dégagées, aussi bien en droit des contrats qu'en droit des biens (cf. l'encadré à la fin de la proposition de corrigé). A ce titre, plusieurs excellentes copies se sont distinguées de l'ensemble dont l'une d'entre elles, véritablement exceptionnelle, reprenait la quasi-totalité des éléments de la proposition de corrigé.

Nous féliciterons ainsi les candidats qui ont su, grâce à une démarche méthodologique simple mais éprouvée (c.à.d. définir avant toute chose) nous proposer des prestations riches et étayées.

La difficulté du sujet, en revanche, résidait dans la construction d'un couple problématique/plan cohérent, d'autant que venait immédiatement à l'esprit une structure classique : 1) formation / 2) exécution ; ce qui tendait à vider la problématique de tout sens et à rédiger une proposition purement mécanique ne permettant pas de donner corps au raisonnement. L'exemple donné dans la proposition de corrigé permet de mesurer qu'il existe toujours une prismatic spécifique à un sujet (ici, le couple période du contrat / sanction) le droit étant une construction logique.

Les correcteurs, toutefois, ont tenu compte de ces difficultés pour apprécier les copies de la façon la plus bienveillante possible.

Enfin, le bilan de cette session 2023 du concours Droit-Économie apparaît satisfaisant, conforme en toute hypothèse aux attentes de l'ENS Rennes ; avec des prestations d'excellente facture, parfois infiniment supérieures à un niveau CPGE.

Conseils aux candidats

1 / Il convient de bien définir les termes du sujet. Nombre de copies se sont attardées sur la définition du cocontractant, puis du contrat, pour ne consacrer que quelques mots à l'approche de la malhonnêteté. Il fallait au contraire s'appesantir sur le sens juridique à donner à ce terme, ce qui permettait de structurer le raisonnement. Des candidat·e·s de valeur ont ainsi produit une copie trop pauvre car essentiellement fondée sur les vices du consentement, et ce en raison de ce défaut méthodologique.

2 / Il est nécessaire de lire tous les rapports ainsi que les propositions de corrigé qui figurent sur le site de l'ENS Rennes afin de répondre au mieux aux attentes du concours. Éviter, ainsi, de produire des copies non canoniques (effets de manche, titres clinquants et incompréhensibles, *name dropping* constant et artificiellement décalé, références contradictoires aux auteurs, introductions trop littéraires, etc.). Ce qui est demandé est simple : du droit positif et de l'efficacité. Il paraît inutile, de la sorte, de citer de nombreux articles de doctrine car cela n'est pas attendu des correcteurs et leur apparaît plutôt vaniteux. Toutes ces remarques figurent dans les rapports successifs et nous vous invitons à vous y référer.

3 / Les introductions apparaissent, en règle générale, toujours trop longues (1/3, voire 40 à 45 % de la copie). Chaque candidat comprendra aisément que l'on ne saurait réserver autant de place à cette partie de la dissertation et, ce, autant en vertu de la tradition académique qu'aux prérequis du concours de l'ENS. Une copie proposait, par exemple, une introduction de 5 pages et demie (plus d'une copie) sur 11, dont 2,5 d'historique. C'est assez peu concevable d'adopter une telle approche, d'autant que le-la candidat·e semblait maîtriser son sujet. Enfin, la majorité des candidats, faute de savoir synthétiser leur propos, épuisent, dans l'introduction, les éléments de raisonnement qui auraient dû figurer dans le corps de la dissertation.

4 / Il ne suffit pas de dupliquer des raisonnements ou des éléments de raisonnement acquis lors des deux années de préparation. En effet, un trop grand nombre de copies se sont appesanties sur l'esprit de la réforme du droit des contrats (1 page ½) alors qu'elle date de 2016, sur la liberté contractuelle, le caractère obligatoire du contrat, voire sur la définition du contrat. Or le sujet portait sur la malhonnêteté. Nombre de candidat·e·s, par ailleurs, avaient visiblement déjà travaillé sur des sujets du type « la bonne foi dans les contrats » et se sont appuyé·e·s sur ce souvenir pour traiter le sujet sur la « malhonnêteté » ce qui s'est avéré pour le moins peu judicieux.

5 / La dissertation de droit civil ne peut donner lieu à des exposés économiques, voire, sociologiques ou politiques.

6 / Nombre de connaissances utilisées peuvent être exactes mais également caduques. Ainsi, convient-il d'éviter, par exemple, de choisir, pour seule référence, les jurisprudences qui ont donné lieu à la réforme du droit des contrats. Cela ne présente que rarement d'intérêt, d'autant que ces solutions anciennes sont désormais codifiées depuis plus de 7 ans (évoque-t-on encore l'arrêt Desmares pour s'en rapporter à la loi Badinter ?). Enfin certains candidats continuent à dissenter sur la cause, cause de l'engagement, de l'obligation, etc, ce qui nous paraît étonnant.

7 / Les éléments hors programme sont à prohiber, sauf exception. Ainsi, réaliser une sous-partie sur le mariage est contre-productif pour répondre au thème de cette année (et pratiquement hors sujet). Il en va de même des digressions sur les droits spéciaux ou de longues considérations en matière de droit social (extrêmement fréquentes). Tout ceci est hors cadre et ne peut donc faire l'objet d'appréciation, devant être considéré comme constituant un hors sujet.

8 / Soyez vigilant•e•s aux fautes d'inattention. Rappelons par exemple que l'article 1129 du Code civil n'impose pas d'être « saint d'esprit » (même dans une dissertation sur la malhonnêteté). De même selon Loysel on ne « lit » pas les bœufs par les cornes, non plus qu'un contractant ne puisse être de « bonne fois », voire « de bonne foie ». Quelques copies évoquent le « dolle » ou le « daulle » les Professeur « Théré » ou le doyen « Lipert ». Il arrive cependant que ces fautes d'inattention parviennent à nous réjouir. Ainsi en est-il de la phrase suivante : « l'idée que le prolétariat opprime les salariés ». Soyez donc vigilant•e•s et relisez-vous.

2 / Proposition de corrigé

La malhonnêteté du cocontractant

"Nous savons tous ce qu'est une action malhonnête, mais ce qu'est l'honnêteté, personne ne le sait." Cette phrase de Tchekhov pourrait illustrer l'ambiguïté du concept de malhonnêteté en droit.

*

Le terme, en lui-même est inconnu dans le vocabulaire juridique. Il renvoie, dans son sens commun, à ce qui n'est pas honnête. Il renvoie également - comme le suggère le préfixe « mal » - à ce qui, tout en étant formellement ou socialement acceptable, ne traduit pas, au fond, une *véritable honnêteté*. Ainsi est malhonnête, non seulement ce qui est contraire au droit - et qui rentre ainsi dans le champ de l'illicite - mais également ce qui est contraire à l'honneur, à la probité ou l'éthique.

L'application de ce concept au cocontractant donne aux rapports entre les parties une connotation morale : le co-contractant est celui avec qui on construit un complexe d'obligation (le contrat) mais avec l'idée d'une action commune, partagée, voire une collaboration – selon la conception solidariste – qui repose sur la considération de l'autre, du respect de sa personnalité de sa fragilité et de ses aspirations.

*

D'emblée, les considérations d'honneur, de probité, d'éthique, rentrent donc dans la prévision des parties pour, qu'ensemble, elles bâtissent le contrat. L'honnêteté doit être, en l'espèce, le ferment de la confiance qui constitue le ciment du relations contractuelles mais...jusqu'à un certain point. Ainsi, un concept juridique majeur permet d'illustrer le dualisme de la malhonnêteté : le dol, à l'appui de la distinction du droit romain qui dissociait le *dolus bonus* (*dito*, l'exagération commerciale) - qui ne pouvait être raisonnablement sanctionné - du *dolus malus*, classé, lui, dans les « *délits* » (au sens du droit romain).

Les institutions du droit des contrats abondent, par ailleurs, au-delà du dol, pour prendre en considération les différentes facettes de la malhonnêteté et éviter qu'elles ne produisent des effets néfastes. Elles existent ainsi, **avant le contrat**, avec les obligations de conseil et le devoir d'information, le respect de ce dernier étant d'autant plus important quand l'autre partie « fait confiance » à son cocontractant (art. 1112-1 c. civil). On les retrouve également lors de la **formation du contrat**, avec le dol, déjà évoqué, mais également avec la sanction de l'erreur si le dol n'a pu être prouvé ou encore, la prise en considération de la violence. La notion de contenu, elle également, est parfois mobilisée. Elles se manifestent, enfin, **après que le contrat est conclu**, avec les mécanismes encadrant l'imprévision ou les remèdes contractuels à l'inexécution. Après la réforme de 2016, cet ensemble s'est de surcroît trouvé placé sous le chapiteau de l'exigence générale de bonne foi, érigée en disposition d'ordre public, rempart supplémentaire contre la malhonnêteté.

Face à ce foisonnement de mécanismes, la question se pose de savoir si le régime qui est associé aux différentes manifestations de la malhonnêteté est homogène.

La réponse à cette question ne saurait être que complexe car la malhonnête du cocontractant semble appréciée différemment, en droit, soit parce que son intensité varie, soit parce qu'elle se manifeste à différents stades de la relation conventionnelle. Il en ressort toutefois **que deux régimes émergent qui correspondent aux deux sanctions que sont la nullité et de la résolution**. D'où l'articulation naturelle entre les deux grandes divisions que constituent **la construction du contrat (I)** (c'est-à-dire les périodes précontractuelles et de formation du contrat) et son **exécution (II)**.

I / Malhonnêteté et nullité dans la construction du contrat

NB : Le liant de la rédaction est ici, dans la proposition de corrigé, le régime de nullité en tant que sanction de la malhonnêteté. Il n'est pas mentionné, cependant, pour ne pas alourdir la rédaction.

A / La période précontractuelle

Malhonnêteté et « devoirs »

- **1231-1** du code civil. La jurisprudence impose, sur le fondement de ce texte, un **devoir** de « conseil » attaché à des catégories de prestataires de services spécifiques (notaires, assureurs etc..) ; cf, sous 1231-1, à partir des **jurisprudences n ° 80 et s.** dans le Dalloz. Ce devoir est toutefois rattaché à la sanction de l'inexécution d'une obligation (1231-1), ce qui est ambigu puisque par définition le devoir d'information précède l'existence du contrat

- **1112-1** du code civil. Le devoir d'information est par ailleurs un décalque du droit de la consommation. Introduction dans le code civil en 2016, définition, sanction : appréciation pour établir le vice du consentement, par renvoi explicite à 1130 (dernier alinéa).

Malhonnêteté et contrats préparatoires

- **1123** du code civil. - Pacte de préférence : lorsqu'il y a malhonnêteté par violation du pacte par le promettant, la sanction (nullité ou substitution) ne peut être infligée que si le tiers a participé à la violation en étant à la fois au courant du pacte et de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir. Il doit donc y avoir double malhonnêteté. Le contractant (tiers au pacte) honnête, lui, peut, en effet, introduire une action interrogatoire afin de connaître la volonté du bénéficiaire.

1124 du code civil. - Promesse unilatérale, sanction encore plus vigoureuse de la malhonnêteté, le retrait de la promesse n'empêche pas la formation du contrat et si le contrat prévu a été conclu avec un tiers qui connaissait l'existence de la promesse, il sera frappé de nullité.

B / La période de « formation » du contrat

Malhonnêteté et vices du consentement

La distinction entre la période précontractuelle et celle de la formation est plus formelle que pratique. En effet, c'est le plus souvent la situation créée avant la conclusion du contrat qui donne lieu à un vice du consentement.

Erreur. Pour autant la malhonnêteté peut avoir eu pour conséquence que l'autre contractant a commis une erreur. (**1132 c. civil**). Cette erreur aura pu être provoquée par la malhonnêteté, ce qui peut constituer un dol (**1137 C. civil**) mais ce dol ne peut parfois pas être prouvé. C'est, dans ce cas, l'erreur qui va jouer faute de preuve. On sait toutefois que l'erreur ne peut être cause de nullité si elle porte sur la valeur (**1136**), les motifs (**1135**) ou si elle est inexcusable (**1132**). Un cocontractant malhonnête aura ainsi pu susciter une erreur sur la valeur en demeurant aux limites du dol (*dolus bonus* ou dol non prouvé) et ne pas subir de sanction.

Dol. Le dol lui, est caractéristique de la malhonnêteté, relevant de « manœuvres ou des mensonges » (**1137 al¹, 1**) ou de la « dissimulation intentionnelle (...) d'une information » (**1137 al. 2**). Pourtant le *dolus bonus* n'est pas sanctionné. Par exemple le vendeur de fruits qui vante la fraîcheur de sa marchandise...avariée. On ne peut, en effet, trop ouvrir la voie à la nullité du contrat.

Violence. La violence relève-t-elle de la malhonnêteté ? Il s'agit (**1140**) de « la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer (le cocontractant), sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable ». La définition de cet article est donc aux confins de la notion mais, avec l'introduction en 2016 de la violence économique (nouvel article **1143**), la malhonnêteté d'affaires pourrait éventuellement devenir un élément sanctionné.

Malhonnêteté et contenu du contrat

Art. 1163 du code civil.- L'obligation a pour objet une prestation présente ou future (al. 1). Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable (al. 2). La malhonnêteté peut ici s'exercer sur le caractère existant du contenu (contrat de généalogie : **Cass. civ. 1^{ère}, 13 av. 1953**), sur la détermination de la prestation (vente d'un terrain sans référence cadastrale **Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 2013**) sur l'impossibilité du contenu (arrêt *Point Club Vidéo*, **Cass. civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996**).

Art. 1164 du code civil. - La malhonnêteté peut également constituer en un abus. Ainsi en est-il en matière de contrat-cadre en cas d'abus dans la fixation du prix

Art. 1169 du code civil. du code civil. Absence de contrepartie valable- « *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* ». La sanction de la malhonnêteté est ici très sévère, caractérisée par la nullité.

Art. 1171 du code civil. - Contrat d'adhésion. Malhonnêteté entraînant un déséquilibre, la sanction est moins sévère en apparence car elle laisse subsister le contrat « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

Art. 1170 du code civil.- Malhonnêteté dans la clause « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

II / Malhonnêteté et résolution dans l'exécution du contrat

NB : Le liant de la rédaction est ici le régime de sanction de la malhonnêteté. A la différence de la partie précédente, cependant, les sanctions ne sont pas uniques. Ce point, une fois encore, n'est pas mentionné explicitement afin de favoriser la souplesse dans l'approche du raisonnement.

A / La malhonnêteté dans l'inexécution

Preuve de la malhonnêteté en fonction de l'étendue de l'obligation

La malhonnêteté dans l'inexécution se traduit par une inexécution volontaire du contrat. Il convient toutefois de distinguer le régime de sanction de la malhonnêteté en fonction de l'étendue de l'obligation inexécutée.

- Si l'obligation inexécutée est de résultat, peu importe que le contractant soit malhonnête, le créancier de l'obligation inexécutée n'aura qu'à établir l'inexécution.

- Si l'obligation inexécutée est de moyen, de prudence ou de diligence, il lui faudra en revanche démontrer la faute à l'origine de l'inexécution. Si cette faute repose sur de la malhonnêteté elle sera le plus souvent assimilée à ce que le juge apprécie en tant qu'exécution dolosive.

La sanction, dans les deux cas sera la résolution du contrat, assortie le cas échéant de dommages intérêts.

Art. 1231-3. du code civil. -Le législateur, enfin, permet de sanctionner plus fortement le cocontractant malhonnête : Art. 1231-3.-Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.

Mécanismes de gel du contrat faisant obstacle à la malhonnêteté

Pour autant, le créancier de l'obligation inexécutée a d'autres outils à sa disposition qui ne relèvent pas de la résolution.

Art. 1129 du code civil. Ainsi en est-il de l'exception d'inexécution de l'article 1129 : « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave » La question est ici d'assimiler la gravité à la malhonnêteté (l'inexécution dolosive) ce qui ne sera pas systématiquement le cas.

Art. 1120 du code civil. De la même façon, l'article 1220 prévoit qu'« une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle ». La même remarque peut être opérée quant au rapprochement de cette gravité avec l'inexécution dolosive.

B / La malhonnêteté dans l'adaptation du contrat

Le régime de l'imprévision face à la malhonnêteté

Art. 1195 du code civil. L'adaptation du contrat est une notion récente en jurisprudence, reprise dans le code civil depuis la réforme de 2016. Elle se traduit plus précisément par le mécanisme de la révision pour imprévision « *lorsqu'un changement de circonstance imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie* ».

Toutefois, ce n'est pas l'imprévision qui relève la malhonnêteté mais le régime de correction du déséquilibre fondamental du contrat. Le législateur cherche à préserver l'existence du contrat en imposant l'adaptation des obligations (**alinéa 2** de l'article) c'est ainsi qu'il a prévu qu'en cas de refus de négociation ou de refus (de mauvaise foi ?) les parties peuvent convenir de la « résolution » du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. Toutefois, c'est là un *mutus dissensus*, et le débiteur ne peut pas résoudre le contrat unilatéralement (d'ailleurs, le législateur s'est trompé, il s'agit de « résiliation »). C'est uniquement à défaut d'accord dans un délai raisonnable que le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. Il peut sanctionner, toutefois, la malhonnêteté éventuelle de l'autre partie, celle qui refuse la survie du contrat en favorisant ses propres intérêts.

La sanction de la malhonnêteté prévue par des clauses

Art. 1231-5 du code civil. Les parties peuvent cependant prévoir et anticiper les sanctions contre une éventuelle malhonnêteté du cocontractant. A travers une clause pénale, notamment (Art. 1231-5)- mais on imagine mal que la clause pénale puisse être stipulée en cas de malhonnêteté en dépit de son nom, elle sanctionne plutôt l'inexécution du contrat-.

Art 1244 du code civil. Telle n'est pas le cas de la clause résolutoire (Art. 1224) la résolution pouvant résulter, soit de l'application de ce type de clause soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice. A supposer une inexécution malhonnête, on mesure que, même sans clause résolutoire, le créancier pourra, par notification, signifier la résolution au débiteur

Adde : **le programme englobant le droit des biens**, les candidat•e•s auront pu explorer le domaine de la vente d'immeubles ou de meubles, soit à titre d'exemple, soit dans une sous-partie.

Ces éléments naturellement été valorisés. A titre d'exemple les éléments suivants pouvaient être avancés :

- abus du droit de propriété (arrêt Clément- Bayard 1915)
- vente du bien d'autrui (désinences sur la possession, avec la distinction meuble- immeuble et usucapion)
- régime applicable en cas de vente d'un bien à plusieurs personnes (distinction meuble-immeuble)
- jeu de la bonne foi dans les restitutions (régime de l'accession) dans les délais de prescription, dans l'effet acquisitif et probatoire de la possession en matière de meuble.