

La sanction de la mauvaise foi

Correcteurs : Jean-Baptiste Lenhof, Maître de conférences, ENS Cachan,
Florent Petit, Maître de conférences, Université de Caen

Auteur : Jean-Baptiste Lenhof.

1 / Difficulté du sujet

Le sujet de l'épreuve de droit civil du concours 2012 : la « sanction de la mauvaise foi » présentait un certain nombre d'aspérités, car il est souvent abordé, que ce soit dans les manuels ou l'enseignement universitaire, par un versant plus lumineux : celui de la bonne foi. Le traitement du sujet renvoyait, donc, à la *reconstruction* (voire à la découverte) d'une mécanique juridique, à partir du socle de la notion de bonne foi, par la recherche, à travers les divers éléments du programme, des manifestations de la mauvaise foi susceptibles de faire l'objet de sanctions. Ce recensement effectué, il convenait, ensuite, de tenter de structurer le propos, pour éviter de dresser un état des lieux du droit positif élaboré sous forme d'inventaire, et de proposer, idéalement, une synthèse structurée autour d'une problématique.

2 / Contenu, non exhaustif, des connaissances à mobiliser

Au titre des mécanismes de base, communs aux différentes manifestations de la mauvaise foi, il convenait de souligner les éléments suivants : d'abord, que la bonne foi toujours présumée (2274 cc) et qu'ainsi, la sanction de la mauvaise foi n'est envisageable que lorsque cette dernière est démontrée. Il existe, ainsi, des *interstices* entre bonne foi et mauvaise foi car la mauvaise foi non prouvée ne peut être sanctionnée. C'est, enfin, en matière contractuelle, à l'autre partie de démontrer la mauvaise foi, ou en matière de biens, à celui qui le revendique. Ceci était nécessaire d'être posé, d'emblée, pour circonscrire le champ de l'étude, car l'articulation entre bonne foi présumée et mauvaise foi sanctionnée était fort délicate à établir.

En matière de contrat, par exemple, 1134 al.3 cc. ne vise, en effet, que l'exécution. Pourtant, on pouvait s'interroger sur l'existence d'une sanction implicite de la mauvaise foi dans la formation des conventions. Ainsi, les vices du consentement, dans une certaine mesure, permettent de sanctionner des manifestations de la mauvaise foi, mais l'exploration de cette analogie devait demeurer mesurée dans les copies, ce qui a échappé à la majorité des candidats. Si, par exemple, la sanction du dol pouvait être assimilée à celle de la mauvaise foi, on pouvait difficilement, en revanche, y adjoindre l'erreur (i.e. fausse représentation de la réalité). La mauvaise foi d'une partie, en effet, entraîne une erreur mais cette dernière est *provoquée*, ce qui la fait rentrer, en principe, dans le champ du dol. La sanction de la violence, également, ne pouvait guère être comparée à celle de la mauvaise foi : la « *menace d'un mal considérable et présent* » de l'article 1111 cc ne saurait être qu'artificiellement rapprochée de la paire antinomique bonne foi/mauvaise foi car c'est une autre manifestation de la distorsion de la volonté. Quant au dol, la plupart des dissertations abordaient cette notion de façon trop simpliste. D'une part certains articles du code civil évoquent expressément le dol dans l'exécution mais ce dernier est à distinguer de celui qui est défini à l'article 1116 car c'est davantage un mécanisme qui permet de mesurer l'intensité de la faute. Ainsi, la mauvaise foi est davantage une composante du dol dans l'exécution que son substrat unique. Le dol dans la formation n'échappe pas à ce paradigme, car la mauvaise foi n'est, également, qu'une composante implicite du dol : s'il n'y a pas d'erreur, la sanction ne pourra être prononcée.

Pour autant, c'est avec raison, qu'on pouvait affirmer que la sanction de la mauvaise foi encadre de façon *diffuse* la formation du contrat. Mais c'est ce caractère diffus qui devait inciter à prendre une distance avec la manifestation de ces sanctions. (On remarquera, à ce propos que les candidats éprouvent de véritables difficultés à tempérer leurs affirmations : nous leur conseillerons d'éviter les raisonnements à l'emporte-pièce). Ainsi, cette sanction est-elle perceptible, dans certains cas – mais uniquement dans certains cas - dans les phases préparatoires du contrat. Elle est, cependant, déplacée sur un terrain non-contractuel : comme le contrat n'est pas encore formé, c'est la responsabilité délictuelle qui vient jouer pour juguler la mauvaise foi et, par voie de conséquence, c'est sur le fondement d'une faute civile que la protection du contrat futur est assurée. Le même raisonnement peut être tenu pour certains « avant-contrats » (attention la catégorie est loin d'être claire et la consultation des meilleurs ouvrages en atteste) identifiés dans le code civil. Enfin, pour ceux qui ne sont pas identifiés, comme le pacte de préférence, par exemple, la nouvelle jurisprudence sur la substitution du bénéficiaire du pacte ne fait pas jouer la mauvaise foi, alors qu'elle paradoxalement bien présente, mais que, visiblement, sa mise en jeu aurait été trop complexe pour pouvoir rétablir la forme de justice contractuelle recherchée par le juge du droit.

Les références à la jurisprudence ne permettaient pas, toutefois, de cerner la sanction de la mauvaise foi de façon satisfaisante. Le juge, en effet, ne motive pas ses décisions en faisant référence aux différents alinéas de l'article 1134, ce qui ne permet pas de distinguer clairement la sanction de l'inobservation des règles qui entourent le contrat. Sans doute est-il confronté à la difficulté de démontrer la mauvaise foi, d'essence éminemment subjective, et contourne-t-il la difficulté en taisant son utilisation, noyant la disposition de l'alinéa 3 dans les principes généraux issus de l'article 1134.

La doctrine, par ailleurs, n'est que d'un piètre recours pour éclairer sur les manifestations jurisprudentielle de la problématique posée. D'aucuns parlent de la redécouverte de la bonne foi mais cela n'est guère perceptible dans l'émergence des sanctions de la mauvaise foi. En effet on reconnaît comme « *associé au devoir de bonne foi* » celui de loyauté, voire de coopération mais ces *devoirs* peuvent-ils y être assimilés ? On bute, ici, sur le problème de l'absence de modèle univoque de sanction de la mauvaise foi. En effet, la jurisprudence tend à scinder les sanctions et l'intensité des devoirs de parties en fonction de leur activité professionnelle (la loyauté du le banquier, du prêteur, de l'assureur etc...), ce qui n'est pas sans rappeler l'articulation intellectuelle de la cause catégorique. Le devoir de coopération émerge, également, sans qu'on sache véritablement si c'est, par ce biais, la mauvaise foi qui est sanctionnée (contrats de travail notamment).

Reste à déterminer la nature des sanctions de la mauvaise foi : nullité relative du contrat (en cas de dol), clause réputée non écrite, substitution du contractant et nullité (pacte de préférence), incidence sur l'appréciation de la gravité de la faute (dol dans l'exécution), etc... On peut demander, par ailleurs, si la sanction de la mauvaise foi ne peut pas trouver des manifestations dans la paralysie de certaines obligations. On voit, ainsi, au titre des sanctions, le refus, par le juge d'appliquer une clause contractuelle invoquée de mauvaise foi (en l'espèce, toutefois, la partie avait commis un dol, ce qui rapproche cette jurisprudence ce nos propos précédents - AP 30 juin 1998, bull civ.2 -) - idem pour une clause résolutoire (civ. 3^{ème} 15 décembre 1976) -. La liste des sanctions permet de souligner que leur nature fait apparaître leur diversité, ce qui, en principe, traduirait une différence d'intensité de la mauvaise foi. La encore, cependant, on doit nuancer ce constat en relevant qu'il est bien malaisé de dégager un système à partir de la variété des hypothèses rencontrées, et que l'adaptation de sanctions *ad hoc* n'est que le reflet des manifestations de la mauvaise foi, aussi diverses qu'insidieuses, avec des conséquences très variables sur la structure et l'exécution des conventions.

Ces réflexions sur la sanction conduisent à une comparaison avec le droit des biens. En ce domaine, la mauvaise foi démontrée permet, d'abord, de jouer sur la prescription : ainsi, en matière d'immeuble, la sanction permet d'empêcher le jeu de la prescription abrégée attachée à l'usucapion et d'allonger la durée de prescription à 30 ans (inchangé en dépit de la réforme de la prescription). En matière de meuble, la sanction est l'obligation de restituer pendant 30 ans – limite née de la prescription de l'action, là également il faut nuancer -. La sanction de la mauvaise foi joue, ensuite, différemment en matière d'accession (a 555 cc) : en cas de construction par un non propriétaire, si la mauvaise foi de l'auteur des travaux est démontrée, l'accédant peut obliger à détruire au frais du 1/3. Elle joue un rôle différent, enfin, en matière de restitution : le possesseur de bonne foi conserve les fruits (549), sauf s'il apprend ses vices (550), il ne conserve pas les produits en revanche (différence : consomptibilité).

Accessoirement, on aurait pu souligner certains mouvements jurisprudentiels en matière de sûretés, mais dans un domaine où la systématisation était suffisamment complexe pour que la référence ne soit donnée qu'à titre d'illustration : « *le créancier qui sachant la situation de son débiteur irrémédiablement compromise, laisse la caution dans l'ignorance de cette situation d'insolvabilité totale manque à son obligation de contracter de bonne foi* » (civ. 1^{ère} 16 mai 1995 : sanction nullité)

3 / Analyse des copies et conseils pour l'épreuve de droit civil

Il convient, une fois encore, de souligner que l'épreuve de droit civil à permis à nombre de candidats de fournir d'excellentes prestations, démontrant à la fois des capacités de réflexion exceptionnelles et la maîtrise de connaissances précises couvrant l'ensemble du programme du concours. Nous ne saurons, à ce titre, que féliciter les candidats visés par cette remarque ainsi que leurs préparateurs. Le sujet proposé en 2012 présentait, par ailleurs, des difficultés non négligeables, ce qui ne diminue en rien cette appréciation. Nous nous permettrons de revenir, toutefois, sur les remarques opérées les années précédentes, de relever les efforts fournis en remarquant les inflexions positives sur le traitement des sujets, ainsi que de souligner la persistance de défauts de forme et de fond à propos desquels une amélioration est encore envisageable.

Il faut se cantonner au champ disciplinaire

Le traitement économique de la question posée est strictement prohibé. Cette remarque mérite d'être réitérée même si, sur ce point, l'usage de termes économiques incongrus (asymétrie d'information, ex ante/post, aléa moral, antisélection...) a fortement diminué dans les copies. **Les citations décalées sont également à proscrire. Il est inutile de faire références à des notions juridiques qui ne figurent pas dans le champ disciplinaire de l'épreuve. Les dérives philosophiques sont également interdites.**

Les approches trop intellectualisées sont contre-productives

Le défaut de l'intellectualisation de la réflexion est, en revanche, toujours aussi présent dans les productions des candidats au concours. Nous rappellerons que l'empilement de citations crée un effet d'accumulation qui altère le raisonnement, d'une part, parce que les citations apprises par cœur ne recourent pas nécessairement la problématique visée et, d'autre part, parce qu'elles conduisent souvent à des hors sujet. **Nous reprendrons notre formule de l'année dernière : une copie brillante n'est pas une copie clinquante.** Pour une fois, heureusement, les citations liées au solidarisme ont pu trouver d'heureux débouchés cette année mais nous signalerons aux candidats que la problématique ne s'y rapportera pas toujours. Pour reprendre, encore une fois, une formule du rapport précédent : **certains développements n'impressionnent les correcteurs que par l'entêtement de certains candidats à préférer le calibrage mental à une réflexion sur le sujet proposé.**

La connaissance des grandes articulations juridiques ne dispense pas de s'appuyer sur le droit substantiel

L'épreuve impose aux candidats de s'en référer au droit positif, sous tous ses aspects, et aux réflexions de la doctrine sur les points évoqués. **Nous avons déjà souligné les ravages causés par la technique du « fichage » superficiel.** Le plus souvent, ce fichage, qui n'est pas fondamentalement à proscrire, est extrêmement mal réalisé. Il conduit, en premier lieu, à extraire des données de leur contexte et à donner lieu, ainsi, à des contre-sens flagrants. Il mène, en second lieu, à une approche du droit par le détail qui empêche de percevoir la façon les matières se combinent, de comprendre leur articulation et de saisir l'importance des antécédents historiques d'une donnée juridique.

Nous rappellerons, ainsi, qu'il est inutile de ficher un ouvrage qui n'a pas, auparavant, été assimilé. **Nous ajouterons que nous avons perçu cette année, des signes alarmants dans de nombreuses copies, signes qui nous laisseraient entendre que des « fiches » truffées d'erreurs circulent entrent les candidats.** Là également, il est nécessaire de souligner que s'appuyer sur des résumés peut s'avérer nécessaire, mais que cela n'est utile que lorsque l'on travaille sur ses propres productions.

Il convient de traiter le sujet proposé

En 2011, un nombre considérable de candidats avait travaillé le standard de « bonne foi », ce qui a valu aux correcteurs des digressions fort longues, hors sujet. En 2012, en revanche, nombre de candidats ont abondamment traité des sujets des deux années précédentes. **Nous soulignerons, à ce titre, que les efforts destinés à tenter de découvrir le sujet de l'année en cours seront, cette année encore, absolument contre-productifs.**

Les notions juridiques ne sont pas malléables

Les notions juridiques ne sont, en aucun cas, susceptibles d'appropriation par le candidat, fussent-elles l'objet d'une épreuve de dissertation de droit. Pour reprendre un exemple issu du sujet 2012, le dol, par exemple, est défini avec une grande précision mais la majorité des candidats a préféré ignorer cette définition, pour lui en substituer une autre, plus conforme à l'idée qu'ils se faisaient de la réponse attendue.

Une dissertation ne pourra jamais être structurée correctement en l'absence de problématique

L'absence de (véritable) problématique constitue le point faible de pratiquement toutes les copies. C'est souvent un défaut formel qui rejaillit instantanément sur le fond et conduit à des plans artificiels, déséquilibrés, voire illogiques.

Jean-Baptiste Lenhof

Maître de conférences à L'ENS Cachan, antenne de Bretagne

Fait à Rennes, le 2 juillet 2012