

## CONCOURS COMPLÉMENTAIRE ENM 2021

### Droit civil

#### L'écrit en droit des obligations

L'ouvrage de Bruno Latour, intitulé *La fabrique du droit* (2002), est illustré par des photographies de papiers, de dossiers empilés, de trombones liant des écrits divers. C'est souligner malicieusement la dilection des juristes pour les écrits en général, et les écrits sous leur forme papier en particulier. Qu'en est-il aujourd'hui de l'écrit en droit des obligations ?

Le droit des obligations intéresse aussi bien les actes que les faits juridiques, que les actes soient unilatéraux (comme le testament) ou bilatéraux (comme le contrat) que les faits soient licites (quasi-contrats) ou illicites (responsabilité délictuelle). Dans ce vaste domaine, l'écrit joue un rôle essentiel, soit à titre de condition de validité, par exception au principe du consensualisme, soit à titre de preuve, dans le système de preuve légale inhérent aux actes juridiques. Pourtant, la notion même d'écrit n'avait pas été définie par le Code civil. En effet, l'article 1341 ancien, remplacé par l'actuel article 1359, se contentait d'utiliser le mot « acte », ce qui était un potentiel facteur de confusion entre l'acte juridique (*negotium*) et son support matériel (*instrumentum*). Les rédacteurs du Code civil de 1804 n'avaient pas jugé bon de définir l'écrit, tant cela paraissait relever de l'évidence : l'acte auquel il était fait référence était nécessairement un *instrumentum* papier. C'est sous l'impulsion des nouvelles technologies que la nécessité d'une définition s'est fait sentir, afin de tenir compte des écrits sous forme électronique. C'est la loi du 13 mars 2000 qui a eu pour objet l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et la signature électronique. Cette loi apparaît comme la lointaine descendante des ordonnances de Moulins qui, en 1566, puis 1667, firent primer l'écrit sur les témoignages, à une époque où la maîtrise de l'écriture se diffusait dans la population : lettre passe témoin (Documents n° 3 et 4). Adoptée afin de transposer deux directives, la définition légale fut insérée aux articles 1316 à 1317 anciens du Code civil, devenus les articles 1365 à 1369 nouveaux, à l'issue de l'ordonnance du 10 février 2016. C'est donc désormais l'article 1365 du code civil qui est le siège de la définition de l'écrit probatoire : « 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 ». Le caractère délibérément vague de cette définition a pour but d'intégrer non seulement les écrits électroniques mais également toute autre forme d'écrit qui pourrait apparaître ultérieurement, au gré des progrès techniques (on songe aux documents enregistrés sur une *blockchain*). Bien que récente, cette définition est incomplète. Elle correspond en effet à celle du langage courant et non à celle du droit car il y manque le critère distinctif de l'écrit probatoire : un écrit, certes intelligible, mais qui, également, matérialise une volonté destinée à produire des effets de droit. Il s'agit d'un *instrumentum* portant *negotium*. Ainsi, l'article 1359 du Code civil précise, ce que ne faisait pas l'article 1341 ancien, que c'est un acte juridique qui doit être prouvé par écrit, acte juridique défini désormais à l'article 1100-1, alinéa 1<sup>er</sup>, qui prévoit justement que « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit ». Telles sont ainsi les fonctions de l'écrit en droit des obligations : tantôt condition de validité d'un acte, tantôt formalisme exigé pour la preuve d'un acte.

Cependant, par-delà les vertus de l'écrit en droit des obligations, notamment en termes de sécurité juridique, les limites de ce formalisme ne sauraient être ignorées. D'une part, la lourdeur (et le coût) de ce formalisme expliquent soit son éviction pure et simple (comme en témoigne le système de la preuve libre pour les faits juridiques, mais aussi pour les actes en matière commerciale et prud'homale) soit, à tout le moins, la recherche d'une simplification de l'écrit destinée à accélérer les rapports économiques ; telle est la vertu de l'écrit électronique, destiné à supplanter progressivement l'écrit papier dans une société de l'immatériel. D'autre part, la vanité de ce formalisme affleure aussi parfois, si l'on songe aux écrits à vocation informative : loin d'être lus, ils

sont au mieux parcourus. De là la tentation pour les juges de moduler les sanctions du formalisme en sauvant certains écrits, même imparfaits, au titre d'une conversion par réduction.

Aussi bien convient-il de mettre en rapport les vertus (I) et les limites (II) de l'écrit en droit des obligations.

## I- Les vertus de l'écrit en droit des obligations

L'écrit est prisé en droit des obligations au regard de la sécurité juridique qu'il assure ou est censé assurer. Cela se vérifie particulièrement pour les actes juridiques qui exigent la rédaction d'un écrit, soit comme condition de validité (A), soit comme condition de la preuve de l'acte (B).

### A- L'écrit, condition de validité d'un acte

Si le droit français demeure en principe attaché au principe du consensualisme (1), la réforme de 2016-2018 marque un nouvel essor du formalisme exigé à titre de validité, si bien que les dérogations au consensualisme se sont multipliées (2).

#### 1- Le principe du consensualisme

En principe, le droit français ne subordonne la validité d'un contrat à aucune forme. En effet, notre droit demeure fidèle à la tradition de l'ancien droit : « on lie les hommes par les paroles comme les bœufs par les cornes » (Loysel).

Ce principe du consensualisme dérive d'une philosophie libérale en général et de la liberté contractuelle en particulier (J. Flour, Document 1). En 1804, il n'était pourtant pas expressément consacré par le Code civil, mais se déduisait en creux de la lecture de l'ancien article 1108 du Code civil, puisque ce texte ne faisait pas de l'accomplissement d'une formalité une condition de validité du contrat. Depuis l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> octobre 2016, de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, l'article 1102, alinéa 1<sup>er</sup>, l'annonce d'emblée : « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ». Et l'article 1172, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code, ouvrant la section relative à « la forme du contrat », conforte le principe : « les contrats sont par principe consensuels ».

En conséquence, la jurisprudence considère que lorsqu'un texte de loi exige un écrit sans en préciser la forme, non seulement cette condition ne saurait affecter la validité de l'acte, mais encore cet écrit peut consister en de simples lettres : tel a été le cas, par exemple, pour le mandat immobilier ouvrant droit, pour l'agent immobilier, au paiement de sa commission (Civile 3<sup>ème</sup> 12 janvier 1978 Document n° 6). Cela étant, le codificateur de 2016-2018 a pris soin de rappeler, de façon didactique, que ce principe du consensualisme est assorti d'exceptions.

#### 2- Les exceptions au consensualisme

Après avoir posé le principe du consensualisme dans un premier alinéa, l'article 1172 du code civil poursuit : « par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation ». L'article 1172, alinéa 3, ajoute : « en outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose ».

Contrats solennels et contrats réels correspondent ainsi aux deux principales séries d'exceptions. Une telle qualification suppose que la loi le prévoit expressément, sachant que le défaut d'écrit sera sanctionné par une nullité relative qui peut donc être régularisée (article 1172 du Code civil). Les contrats réels renvoient à une forme assez archaïque, d'origine romaine, exigé à titre

de validité : c'est la remise de la chose qui forme par exemple le contrat de commodat (article 1875 du Code civil) ou le contrat de dépôt (article 1915 du Code civil).

Les contrats solennels exigent un écrit pour leur formation, à peine de nullité. Tel était le cas, classiquement, du contrat unilatéral de donation, comme le prévoit expressément l'article 931 du Code civil : « Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats; et il en restera minute, sous peine de nullité ». Cela dit, outre la donation entre vifs, on observera que la catégorie des contrats solennels s'est enrichie avec la réforme de 2016-2018, puisqu'elle compte à présent également la cession de contrat, la cession de créance, la cession de dette. Certains auteurs considèrent du reste que cette inflation de la liste des contrats solennels conduit à nuancer l'affirmation selon laquelle le consensualisme serait le principe et le formalisme l'exception (Document n° 2). On comprend en tout cas l'intérêt de cet écrit, notamment lorsqu'il est rédigé sous forme notariée : celui qui s'engage prend conscience de la portée de son engagement, ce qui est gage de sécurité juridique.

En pratique, d'autres limites ne revêtent pas ce statut d'exception, mais n'en sont pas moins essentielles, conditionnant l'efficacité du contrat. Ce sont plutôt des atténuations, visées à l'article 1173 qui rappelle que « les formes exigées aux fins de preuve ou d'opposabilité sont sans effet sur la validité des contrats ». C'est déjà aborder la question de l'écrit exigé à titre de preuve.

## **B- L'écrit, condition de preuve d'un acte**

La preuve des actes juridiques est régie par un système de preuve légale (1) : la loi organise l'admissibilité et la force probante des modes de preuve (2) ; par conséquent, tous ne sont pas admissibles, tandis que le juge n'a aucun pouvoir d'appréciation sur la crédibilité de ceux admis par la loi. En d'autres termes, celle-ci pose une présomption de vérité en présence de certains éléments de preuve ce qui explique que la conviction du juge importe peu, puisque l'automatisme de la preuve est précisément l'effet recherché.

### **1- Le principe de la preuve légale**

La preuve d'un acte juridique, et notamment d'un contrat, exige en principe la production d'un écrit. Ce principe, qui reprend l'adage de l'ancien droit « lettres passent témoins » (Document n° 3), est affirmé aujourd'hui à l'article 1359 du Code civil : « L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique (...) ». Cette somme est fixée, depuis le décret du 20 août 2004, à 1 500 € par l'article 1<sup>er</sup> du décret du 15 juillet 1980.

L'application de ce seuil est précisée par l'article 1359 du Code civil : d'une part, « celui dont la créance excède le seuil mentionné au premier alinéa ne peut pas être dispensé de la preuve par écrit en restreignant sa demande » ; d'autre part, « il en est de même de celui dont la demande, même inférieure à ce montant, porte sur le solde ou sur une partie d'une créance supérieure à ce montant ». L'ancien article 1342 du code civil ajoutait que l'exigence d'un écrit pour la preuve d'un acte « s'applique au cas où l'action contient, outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent » le seuil fixé par décret. Cette extension n'est pas reprise dans l'ordonnance du 10 février 2016. Il faudra donc s'en tenir à l'objet du contrat, ce qui est logique : si l'écrit est requis, au-delà d'une certaine somme, parce qu'il importe que les parties mesurent la portée de leurs engagements, il est difficile d'étendre l'exigence de manière rétroactive en intégrant des intérêts qu'il est par hypothèse impossible de chiffrer lors de la conclusion de l'acte.

Enfin, toute aussi logique et constante est la limite au principe fondée sur l'impossibilité morale (lien familial ou amical par exemple) ou matérielle (incendie par exemple) d'une partie de produire un écrit : lorsqu'une partie établit, par tous moyens bien sûr, une impossibilité morale ou

matérielle de se procurer un écrit (article 1360 du Code civil), elle peut suppléer à l'écrit par l'établissement d'un aveu judiciaire, d'un serment décisoire ou d'un commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve (article 1361 du Code civil).

## 2- Les modalités de la preuve légale

Selon l'article 1364 du Code civil, « la preuve d'un acte juridique peut être préconstituée par un écrit en la forme authentique ou sous signature privée ».

S'agissant de l'acte sous signature privée, il s'agit, comme son nom l'indique, d'un *instrumentum* signé des seules parties à l'acte. Contrairement au formalisme très strict des actes authentiques, seule la signature est impérativement exigée. L'écrit peut dès lors être établi sur n'importe quel support, être rédigé au crayon (Commerciale 8 octobre 1996) étant précisé que certaines formules, bien qu'usuelles, n'ont aucune véritable portée juridique ; en effet, la Cour de cassation a dû rappeler que la formule « lu et approuvé » n'est pas exigée et est dénuée de toute portée juridique (Civile 1<sup>re</sup>, 30 octobre 2008 : cassation de l'arrêt ayant exigé la mention « lu et approuvé » en se référant à l'usage). En revanche, pour la preuve des contrats synallagmatiques, l'article 1375 du Code civil impose d'établir l'*instrumentum* « en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct » L'article 1375, alinéa 2, du Code civil ajoute que « chaque original doit mentionner le nombre d'originaux qui en ont été faits » (alinéa 2) afin d'éviter la fraude qui consisterait à dissimuler son original pour invoquer le non-respect du texte. Pertinente, cette règle de bon sens permet de prévenir un éventuel contentieux : chaque partie ayant un original en main, la falsification de l'*instrumentum* est rendue difficile.

S'agissant de l'acte authentique, sa force probante est plus grande, puisqu'il fait foi jusqu'à inscription de faux (Civile 1<sup>ère</sup> 17 juin 2015, Document n° 7 : à propos d'une fausse mention dans un acte rédigé par un notaire, ce qui montre que... « le notariat est mal surveillé » Document n° 4), mais à condition de satisfaire à de nombreuses conditions. En effet, l'article 1369, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil dispose que « l'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter ». L'officier public dont il s'agit est un notaire pour les actes juridiques privés, sachant qu'on assimile aux actes authentiques les décisions de justice (article 457 du CPC) ainsi que les sentences arbitrales. Pour que les actes ainsi dressés aient un caractère authentique, il faut que l'officier public ait instrumenté dans les limites de sa compétence territoriale et de sa compétence d'attribution. Le formalisme que doivent revêtir les actes authentiques est très pointilleux et varie d'une catégorie d'acte à l'autre. La seule exigence commune est la signature de l'officier public qui en est l'auteur (Civile 1<sup>re</sup>, 29 novembre 1989). L'article 1367, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil dispose ainsi que, « quand la signature est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte ». En dépit de son coût, l'écrit notarié est privilégié par certains pour deux raisons principales. D'une part, au regard de la sécurité juridique qu'il confère : rédigé sous l'égide d'un professionnel du droit, l'original est conservé à l'étude du notaire ce qui prémunit contre les risques de falsification et de perte et qui explique au demeurant qu'il soit dénommé « minute », terme qui vient de l'écriture « menue » qui était utilisée car, les originaux étant archivés, ils devaient tenir le moins de place possible. Ne sont alors délivrées que des copies de cet écrit. La seconde raison est celle de l'efficacité puisque les actes notariés sont exécutoires, c'est-à-dire que le créancier peut faire directement procéder à des mesures d'exécution forcée sans devoir obtenir au préalable un jugement, nécessaire lorsqu'un simple acte sous signature privée a été établi. La première copie délivrée est ainsi revêtue de la formule exécutoire.

On le voit, l'écrit présente d'indéniables avantages en droit des obligations, afin de sécuriser la formation ou la preuve d'un acte, mais il achoppe aussi sur certaines limites qui renvoient aux critiques du formalisme.

## II- Les limites de l'écrit en droit des obligations

Les limites de l'écrit en droit des obligations tiennent non seulement à la lourdeur (et aux coûts afférents) de ce formalisme (A), mais aussi, ponctuellement, à sa vanité (B) : la multiplication des écrits ne garantit pas toujours, loin s'en faut, une parfaite information, et l'on peut comprendre que les juges cherchent parfois à moduler les sanctions d'un défaut d'écrit.

### A- La lourdeur du formalisme écrit

La lourdeur du formalisme écrit peut être répulsive pour de nombreux acteurs économiques, notamment pour les opérations répétées, et réalisées en grand nombre : de là la recherche d'une simplification de l'écrit en remplaçant son support papier par un support électronique (1) ou bien, plus radicalement, l'éviction de l'exigence d'un écrit par un système de preuve libre (2).

#### 1- La simplification de l'écrit : l'écrit électronique

L'avènement d'une économie dématérialisée a conduit à la consécration d'un écrit électronique qui a vocation à remplacer progressivement l'écrit papier : l'écrit est ainsi préféré, non plus au titre d'une force probante intrinsèque, supérieure au témoignage, mais au nom des valeurs de simplification et de rapidité des échanges (Document n° 4).

En effet, la section du Code civil consacrée à la forme du contrat est désormais divisée en deux : une première sous-section pose les règles générales ; une seconde, celles propres au contrat conclu par voie électronique. Celles-ci font l'objet des articles 1174 à 1177 du Code civil. Conservatrice d'agissant de la preuve des obligations, la réforme issue de l'ordonnance du 10 février 2016 n'ajoute rien à l'ancien droit positif, recopiant les anciens articles 1108-1, 1108-2, 139-10 et 1369-11 du Code. Ceux-ci étaient d'ailleurs contenus en germe dans le principe du consensualisme, voulant que les modes d'extériorisation de la volonté s'équivalent tous. Au reste, même dans les contrats solennels, un échange de courriers électroniques peut constituer l'écrit exigé à titre de validité d'un contrat (Civile 1<sup>re</sup>, 11 juillet 2018). Ces articles du Code civil posent en effet un principe d'équivalence : lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un contrat, il peut être établi et conservé sous forme électronique. De même, lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même, ce qui pose la question technique de la certification de cette signature (article 1174 du Code civil). Aujourd'hui, l'égale admissibilité des deux formes d'écrit n'est même plus expressément édictée, faisant désormais figure d'évidence : de ce que l'article 1359 du Code civil ne distingue pas selon la forme de l'écrit et que plus aucun texte n'ajoute de condition à l'admissibilité de l'écrit électronique, il doit être déduit l'égalité de régime sur ce point entre tous les *instrumenta*.

A cette promotion de l'écrit électronique, plus simple et rapide, s'ajoute une logique d'éviction de l'exigence d'un écrit dans le système de la preuve libre.

#### 2- L'éviction de l'écrit : le système de la preuve libre

Dans le système de preuve libre, la preuve peut être rapportée par tous moyens – dans la limite de leur licéité –, tandis que leur force probante est laissée au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond qui statuent alors selon leur intime conviction.

Le domaine de la preuve libre est étendu, et certains auteurs, comme le professeur Lagarde, souhaiteraient en faire un principe général applicable à l'ensemble du droit des obligations, afin de donner toutes ses chances à la manifestation de la vérité. D'une part, le principe de la preuve libre s'applique aux faits juridiques (Civile 1<sup>re</sup>, 29 janvier 1991 : l'article 1316-1 n'est pas applicable « au courrier électronique produit pour faire la preuve d'un fait dont l'existence peut être établie par tous moyens»). D'autre part, de manière plus dérogatoire, la liberté de preuve est également appliquée aux actes juridiques autres que civils *stricto sensu*. Ainsi, la preuve est libre en matière commerciale, ce qu'énonce l'article L. 110-3 du Code de commerce : les impératifs du commerce, et notamment la souplesse et la rapidité des échanges, justifient cette règle. Très souvent, le temps n'est pas pris d'établir un acte par écrit. La preuve est libre également en matière prud'homale, ce que la Cour de cassation a affirmé en l'absence de texte (Sociale 27 mars 2001), même lorsqu'il s'agit de prouver contre le contrat de travail (Sociale 18 novembre 1998 : « l'employeur peut démontrer par tous moyens l'existence d'un nouvel accord modifiant le contrat de travail initial »).

Enfin, on observera que s'agissant de la preuve du paiement, une nette hostilité au formalisme écrit s'est manifestée. En effet, alors qu'une doctrine majoritaire considérait le paiement comme un acte juridique, soumis à la preuve légale, la Cour de cassation n'a pas hésité, à partir de 2004, à considérer que « la preuve du paiement, qui est un fait, peut être rapportée par tous moyens » (Civile 1<sup>ère</sup> 6 juillet 2004). Plus modérée, la réforme de 2016-2018 semble encore considérer le paiement comme un acte (article 1342 du Code civil : Le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due), ce qui n'empêche pas l'article 1342-8 de disposer : le paiement se prouve par tout moyen. Le reflux de l'exigence d'un écrit est ici patent, mais il est sans doute plus théorique que pratique : imagine-t-on prouver, devant un juge, le remboursement d'un prêt par de simples témoignages ? Aujourd'hui comme hier, un écrit, papier ou électronique, sera plus convaincant !

Il n'empêche, cette hostilité au formalisme écrit peut valablement se réclamer d'un certain scepticisme quant à son utilité dans certains cas.

## **B- La vanité du formalisme écrit**

La vanité de l'écrit en droit des obligations se manifeste, notamment, par les limites de l'écrit informatif (1) et par la possibilité pour les juges de « sauver » un écrit imparfait par la technique de la conversion par réduction (2).

### **1- Les limites de l'écrit informatif**

L'écrit peut être le support obligé pour satisfaire à l'exécution d'une obligation d'information. On sait combien cette dernière n'a cessé de s'étendre et de s'intensifier, en matière contractuelle comme en matière extracontractuelle. Que l'on songe au médecin, tenu d'une obligation d'information même pour les risques exceptionnels de l'opération (Civile 1<sup>ère</sup> 7 octobre 1998) : c'est le plus souvent par la remise d'un écrit listant tous ces risques qu'il pré-constituera la preuve de l'exécution de cette obligation.

Ce n'est qu'un exemple parmi d'autres de la prolifération des écrits à vocation informative, dont on a pu signaler parfois la vanité. La professeure Mme Behar-Touchais avait ironisé sur l'invasion tentaculaire des obligations d'information et de conseil, se demandant si, bientôt, il ne faudrait pas informer par écrit sur l'obligation d'information elle-même. Or, il y a fort à parier que le destinataire de l'information, surtout si elle est délivrée par un écrit électronique, y soit peu attentif. Il est peu probable que l'internaute, poussé par la logique de l'instant, ne perde quelque temps que ce soit à lire quoi que ce soit : il cliquera, double-cliquera, et c'est tout.

J. Flour avait ainsi souligné dans un article célèbre de 1950 consacré à l'évolution du formalisme (Document n° 1) combien ce dernier pouvait parfois être vain. En effet, le formalisme informatif du droit de la consommation, par exemple, a vocation à prévenir un litige en éclairant pleinement le consommateur sur ses droits, comme sur ses devoirs. Il suffit de penser, par exemple, à la formule sacramentelle qui figure dans toutes les offres de prêt : « un crédit vous engage et doit être remboursé ». Si un litige en surendettement survient, n'est-ce pas que cet écrit informatif a été vain ? N'est-il pas alors dangereux de voir un plaideur invoquer l'absence de forme écrite, ou l'imperfection de cet écrit pour échapper à ses engagements ? (Civile 1<sup>ère</sup> 28 octobre 2003, Document n° 5 : un prêt avait été souscrit par acte authentique auprès d'une banque, mais le défaut de signature du représentant de prêteur a conduit l'emprunteur à solliciter l'annulation de l'acte authentique, bien que ce défaut formel de l'acte litigieux ne l'ait pas lésé). On comprend dès lors pourquoi le juge évite de sacraliser ces écrits imposés par la loi, quitte, du reste, à sauver parfois un écrit imparfait en procédant à une conversion par réduction.

## 2- La conversion par réduction d'un écrit imparfait

Lorsqu'un acte juridique entaché de nullité contient, nonobstant son irrégularité, tous les éléments de validité d'un autre acte juridique qui est conforme à la volonté des parties, quoique moins énergique que celui qu'elles avaient eu en vue, il peut subsister dans cette mesure : il y a conversion par réduction.

Ainsi, un testament écrit ne présentant pas les conditions requises pour être authentique, vaudra tout de même à titre de testament mystique. De même, un contrat de prêt nul pour défaut d'une mention obligatoire peut être converti en une reconnaissance de dette valable, et une lettre de change qui ne comporte pas les mentions nécessaires à sa validité peut éventuellement valoir comme billet à ordre, ou bien encore reconnaissance de dette (Commerciale 2 novembre 1994).

Dans l'affaire dont avait eu à connaître la première chambre civile le 28 octobre 2003 (Document n° 5), les juges ont considéré que l'emprunteur devait être condamné à payer à la banque le solde de la créance : l'écrit litigieux, bien que ne pouvant être considéré comme un acte authentique, pouvait néanmoins valoir au titre d'un commencement de preuve par écrit. Cette analyse est parfaitement conforme à la définition du commencement de preuve par écrit qui figure aujourd'hui à l'article 1362 du Code civil, et notamment à son alinéa 3 qui dispose que « la mention d'un écrit authentique ou sous signature privée sur un registre public » peut également en tenir lieu.

**Conclusion** : Au terme de cette étude, on perçoit combien l'écrit en droit des obligations reflète les forces et les faiblesses du formalisme en droit civil. En effet, l'écrit demeure très important et ses fonctions sont variées, puisqu'il est tantôt exigé au titre d'une condition de validité, tantôt requis pour la preuve des actes juridiques. Si l'écrit papier tend de plus en plus à être supplanté par l'écrit électronique, dans une logique de simplification et d'accélération des échanges par voie numérique, il est aussi parfois purement et simplement évincé, soit au titre d'un refoulement du formalisme (comme en témoigne, par exemple, la preuve libre du paiement), soit en raison d'une prise de conscience de la vanité ponctuelle du formalisme écrit, notamment dans sa fonction informative.