

Université Panthéon-Assas

Ecole doctorale de droit privé

Thèse de doctorat soutenue le 30 novembre 2011

**Le formalisme en matière contractuelle
dans les droits français et vietnamien**

Par Nguyen Tien Dien

Sous la direction de

Hervé Lécuyer, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Membre du jury :

Rémy Cabrillac, Professeur à l'Université Montpellier 1

Hervé Lécuyer, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Denis Mazeaud, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Arnaud Raynouard, Professeur à l'Université Paris IX

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens à remercier tout particulièrement le Professeur Hervé LECUYER pour avoir accepté de diriger cette recherche, pour son soutien, ses encouragements et son attention tout au long de ce travail.

J'adresse également mes remerciements à Messieurs les professeurs Rémy CABRILLAC, Denis MAZEAUD, Arnaud RAYNOUARD, qui ont accepté de participer au jury de soutenance.

Enfin, je souhaite remercier tous ceux qui m'ont aidé à mener à bien ce travail.

Paris, septembre 2011

Résumé

Tandis que le formalisme juridique constitue un thème fréquent en droit français, une telle recherche fait défaut en droit comparé. En effet, le thème est habituellement présenté sous l'angle de ses manifestations variées. En conséquence, une étude globale sur le formalisme du contrat en droits français et vietnamien nous permet de mieux connaître ses caractéristiques dans chaque système juridique.

Le formalisme peut être fréquemment envisagé comme une règle juridique en vertu de laquelle la formalité est exigée par la loi pour la validité ou l'efficacité d'un contrat. Il s'impose à la conclusion du contrat. A cet égard, il serait une exception au consensualisme. Mais depuis quelques décennies, le formalisme ne cesse de se propager en droit moderne, notamment en droit de la consommation. Ce phénomène semble d'autant plus paradoxal que le principe du consensualisme domine en droit moderne.

Avec ce développement du formalisme, une série de questions affleure : quels sont ses caractéristiques en droits français et vietnamien ? Les deux systèmes présentent-ils des caractères communs ? Quelle place le formalisme occupe-t-il en droit moderne : est-il considéré comme une exception au consensualisme ou comme un instrument légal de sécurité juridique ?

Cette recherche a ainsi pour finalité de répondre à toutes ces questions. Elle est articulée en deux parties. Dans la première partie, il s'agit du formalisme accentué dont la formalité s'impose pour la validité ou l'existence du contrat. Dans la deuxième partie, il s'agit du formalisme atténué : la formalité est requise pour l'efficacité du contrat.

Mots clés : formalisme, formalités, formes solennelles, remise de la chose, formes probatoires, formes publicitaires.

Principales abréviations

al.	alinéa
Ann. Loyers	Les Annales des loyers
Arr.	Arrêté
Art.	Article
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
C. minier	Code minier
C. mon. et fin.	Code monétaire et financier
C. pén.	Code pénal
C. propr. intell.	Code de la propriété intellectuelle
C. rur.	Code rural
C. santé publ.	Code de la santé publique
C. trav.	Code du travail
C. Trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cass. 1 ^{re} civ., 30 mars 1999, n ^o 96-22.707	Cour de cassation, 1 ^{re} chambre civile, date, numéro de pourvoi
Cass. 2 ^e civ.	Cour de cassation, 2 ^e chambre civile
Cass. 3 ^e civ.	Cour de cassation, 3 ^e chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CCH	Code de la construction et de l'habitation

Circ.	Circulaire
Concl.	Conclusions
CPC	Code de procédure civile
D.	Recueil Dalloz Sirey
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DIP	Revue de droit international privé
Dir.	Directive
Doc. fr.	Documentation française
Doctr.	Doctrine
Dr. & patr.	Droit & patrimoine
Dr. famille	Droit de la famille
Dr. trav.	Droit du travail
<i>éd.</i>	édition
esp.	espèce
Fasc.	fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>ibid</i>	<i>ibidem</i> (au même endroit)
<i>in</i>	Dans
Instr.	Instruction
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP E	Juris-Classeur périodique, édition entreprise
JCP G	Juris-Classeur périodique, édition générale
JCP N	Juris-Classeur périodique, édition notariale
L.	Loi
LPA	Les petites affiches
n°	numéro

<i>obs.</i>	observations
<i>op. cit</i>	dans l'ouvrage cité
p.	page
préc.	précité
Procédures	Procédures
PUF	Presses universitaires de France
Rapp.	Rapport
Rapp. C. cass.	Rapport de la Cour de cassation
RD imm.	Revue de droit immobilier
RD propr. intell.	Revue du droit de la propriété intellectuelle
RD rur.	Revue de droit rural
RDC	Revue des contrats
Rec. Cons. const.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Règl.	Règlement
Rép. civ. Dalloz	Dalloz (Encyclopédie) - civil
Rép. com. Dalloz	Dalloz (Encyclopédie) - commercial
Rev. conc. consom.	Revue de la concurrence et de la consommation
Rev. crit. lég. jur.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. Lamy dr. aff.	Revue Lamy droit des affaires
RID comp.	Revue internationale du droit comparé
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJPF	Revue juridique personnes & famille
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil
RRJ	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil

RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
S.	Recueil Sirey
s.	suyvant
t.	Tome
V.	voir

Sommaire

Introduction	10
Chapitre préliminaire : l'évolution du formalisme en droit des contrats.....	17
Section I. L'histoire du formalisme du contrat en droit français.....	18
Section II. L'histoire du formalisme du contrat en droit vietnamien	30
Partie 1. Le formalisme accentué.....	44
Chapitre 1. Les contrats solennels	45
Section I. La notion de forme solennelle.....	47
§ 1. Les rapports entre la forme solennelle et le consentement.....	47
Section II. Le régime juridique du contrat solennel	81
§ 1. Les diverses formes solennelles	81
§ 2. La sanction de l'inobservation de la forme solennelle.....	92
Chapitre 2. Les contrats réels.....	112
Section I. La conception traditionnelle du contrat réel	114
§ 1. L'admission du contrat réel.....	114
§ 2. Le rejet du contrat réel	119
Section II. La conception moderne du contrat réel	125
§ 1. L'évolution des contrats réels	125
§ 2. Le récapitulatif du contrat réel	138
Partie 2. Le formalisme atténué.....	156
Chapitre 1. Les formes probatoires	157
Section I. Les règles de principe	160
§ 1. Les conditions de la preuve préconstituée.....	160
§ 2. La mise en œuvre de la preuve préconstituée	178
Section II. Les règles d'exception.....	192
§ 1. La liberté de la preuve en matière commerciale.....	193
§ 2. L'existence d'un commencement de preuve par écrit.....	199
§ 3. L'impossibilité de produire un écrit	211
Chapitre 2. Les formes de publicité.....	225
Section I. La notion de forme de publicité.....	227
§1. Les caractères de la forme de publicité	227
§2. Les fonctions de la forme de publicité	240
Section II. La sanction de l'inobservation de la forme de publicité.....	251
§ 1. L'inopposabilité aux tiers de l'acte non publié	252
§ 2. Les limites à l'inopposabilité de l'acte juridique non publié	263
Conclusion générale	270

Introduction

I. Présentation du sujet de la thèse

1. A l'heure actuelle, le principe du consensualisme triomphe en droits français et vietnamien¹. En permettant au contrat de se former par le seul échange du consentement des parties sous une forme quelconque, il s'avère mieux adapté aux besoins d'une économie complexe² et ayant su s'affirmer depuis le XV^e siècle après une longue évolution³. De toute évidence, le consentement doit être sérieux et certain⁴. Cependant, ce principe présente « l'inconvénient de permettre des consentements irréfléchis, donnés à la légère ou même inexistantes. De plus, il ne donne pas aux tiers une assurance sur l'acte ou son contenu ; il peut mettre l'une des parties à la merci de l'autre, qui nierait son engagement. Il est fait pour les contractants forts, adultes et honnêtes »⁵.

A la différence du consensualisme, le formalisme subordonne la validité ou l'efficacité d'un contrat à l'accomplissement de certaines formalités déterminées⁶. Dans cette situation, il constitue une garantie de sécurité juridique tout en protégeant le contractant contre lui-même⁷.

¹ A. BENABENT, Droit civil, Les obligations, 12^e, éd., Montchrestien, 2010, n° 101 ; B. STARK, H. ROLAND, L. BOYER, Droit civil, Les obligations, 2. Contrat, 6^e, éd., Litec, 1998, n° 167 et s. NGUYEN Ngoc Dien, commentaire des contrats spéciaux du droit civil vietnamien, éd., Jeunesse, 2005, n° 49. La condition de forme ne figure pas parmi les conditions essentielles pour la validité d'une convention à l'article 122, alinéa 1, du Code civil vietnamien. Ainsi, on peut confirmer que c'est le principe du consensualisme qui domine. De la même façon, il se confirme en droit français puisque la forme n'est pas en général une condition de validité du contrat énoncée par l'article 1108 du Code civil français.

²Cela s'explique par le fait que le consensualisme est un facteur de simplicité, de rapidité et d'économie. Sans lui, la conclusion des contrats entre absents est difficile, voire impossible ; toute manifestation tacite de volonté est sans valeur.

³ V. *infra*, n° 14-25.

⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, 14^e, éd., Sirey, 2010, n° 190 et s.

⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOTTEL-MUNCK, Les obligations, 3^e, éd., Defrénois, 2007, n° 535. Voir aussi A. BENABENT, *op. cit.*, n° 101.

⁶ Ch. LARROUMET, Droit civil, Les obligations, Le contrat, t. 3, 6^e, éd., Economica, 2007, n° 138.

⁷ J. GHESTIN, Traité de droit civil, La formation du contrat, 3^e, éd., LGDJ, 1993, n° 375 et s. ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, 10^e, éd., Dalloz, 2009, n° 132.

2. Ainsi, le formalisme ne cesse de se propager en droit moderne⁸. La doctrine française lui a consacré de nombreuses études. Elle « a montré comment on est passé d'un système purement formaliste – celui des législations primitives – à un système consensualiste – celui du droit contemporain »⁹. Elle « a montré également que le Code civil français, tout en consacrant le principe du consensualisme, la conséquence logique du principe de l'autonomie de la volonté sur le plan de la technique juridique, a laissé une certaine place au formalisme »¹⁰. Mais elle n'est guère d'accord sur l'évolution du formalisme après la naissance du Code civil français¹¹.

En effet, l'ensemble des auteurs s'accorde à constater « les oscillations historiques du formalisme » du contrat en droit français¹². Cependant, ils restent divisés sur son évolution. Alors que certains auteurs ont constaté qu'il y a eu, après le Code civil français de 1804, une « simple survivance du formalisme »¹³, d'autres ont décelé « une reconnaissance du formalisme »¹⁴. Pour JOSSERAND qui conteste son existence, « l'histoire du formalisme des actes juridiques se ramène à une abolition constante »¹⁵. En revanche, en recherchant les lois qui gouvernent l'évolution du formalisme¹⁶, ROUXEL conclut sur la complexité du problème en montrant qu'il existe, en vérité, en droit français, deux courants contradictoires : l'un est en faveur de la répudiation du formalisme ; l'autre concerne l'admission du formalisme pour la

⁸ X. LAGARDE, Observations critiques sur la renaissance du formalisme, JCP éd., G. 1997.I.170, n° 4 ; M. NICOD, Le formalisme en droit des libéralités, thèse, Université de Paris XII, 1996, n° 1 ; J.-L. AUBERT, Le formalisme, Rapport de synthèse, Defrénois, 15 août 2000, n° 15-16, p. 931 ; F. LUCET, Consensualisme et formalisme, RJ com., 1995, p. 44 ; Ch. LARROUMET, Droit civil, Les obligations, Le contrat, t. 3, 6^e, éd., Economica, 2007, n° 138.

⁹ M.-A. GUERRIERO, L'acte juridique solennel, éd., LGDJ, 1974, p. 7.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² V. par exemple, M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 7 ; Y. JEANCLOS, Formalisme ou consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats, in Hommages à G. BOULVERT, éd., La centre d'histoire du droit du LARJEJEPTAE, 1987, p. 334 et s. ; J. GHESTIN, Traité de droit civil, La formation du contrat, 3^e, éd., LGDJ, 1993, n° 362 ; A. LAGARDE, Les paradoxes du formalisme informatif, in Mélanges J. CALAIS-AULOY, Etudes du droit de la consommation, éd., Dalloz, 2004, n° 1, p. 597.

¹³ M.-A. GUERRIERO, *op. et loc cit.*

¹⁴ P. MOENECLAYE, De la naissance du formalisme dans les obligations civiles et commerciales françaises, thèse, Lille, 1914.

¹⁵ L. JOSSERAND, Désolennisation du testament, Chron., D.H. 1932, p. 73.

¹⁶ R. ROUXEL, Recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes juridiques, thèse, Université de CAEN, Faculté de droit, 1934.

sécurité juridique. Cette contradiction est traitée tour à tour par J. FLOUR¹⁷, puis par Monsieur X. LAGARDE : « il n'est plus possible d'affirmer que le législateur est formaliste tandis que la jurisprudence serait consensualiste. Les deux le sont »¹⁸.

Cependant, il convient de constater que les études ci-dessus n'ont pas encore démontré les caractéristiques du formalisme attachées à son évolution, notamment celles après le XX^e siècle. Face à une telle insuffisance, une série de questions sur le formalisme affleurent : les raisons du formalisme en droit contemporain sont-elles comparables à celles qui prévalaient, par exemple, à l'époque romaine ou au moyen âge ? Le formalisme actuel est-il comparable à celui d'antan ? Les sanctions de son inobservation sont-elles toujours similaires ? Enfin, et surtout, et ce sera la question relative à l'intérêt de la thèse : l'approche comparative du formalisme du contrat en droit français et en droit vietnamien présente-elle un quelconque intérêt pour deux pays ?

II. Présentation de l'intérêt de la thèse

3. « Il n'y a pas d'action consciente sans but »¹⁹. Avant de comparer le système français et le système vietnamien sur le formalisme du contrat, il est souhaitable d'en expliquer les raisons. En effet, notre étude répond à trois types de besoin différents.

4. En premier lieu, elle répond à une question d'actualité qui est de savoir quelle place le formalisme occupe dans le droit contemporain. Est-il considéré comme une exception au consensualisme ou un instrument légal de sécurité juridique ? Ainsi, nous allons tenter de dégager les caractéristiques du formalisme, ainsi que son rôle à l'égard du consentement des parties. Dès lors, nous pourrions identifier la place exacte du formalisme dans la formation du contrat et nous pourrions mieux comprendre pourquoi il se développe en droit contemporain, notamment en droit spécial tel que le droit de la consommation.

5. En deuxième lieu, notre étude répond aussi au besoin du juriste. En effet, les relations économiques franco-vietnamiennes se sont grandement développées. Nombreux sont

¹⁷ Dans l'étude consacrée aux mélanges de G. RIPERT, J. FLOUR justifie que la reconnaissance du formalisme, réelle dans la loi comme dans la pratique, n'exclut pas une certaine hostilité des tribunaux ; car si de nombreuses lois ont, depuis le Code civil, soumis beaucoup d'actes juridiques à des formalités diverses, les tribunaux apprécient avec le libéralisme, les exigences légales relatives au formalisme ; J. FLOUR, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, *in* Mélanges de RIPERT, t. 1, éd, LGDJ, 1955 p. 93 et s.

¹⁸ X. LAGARDE, Observations critiques sur la reconnaissance du formalisme, JCP, éd. G. 1999.I.170.

¹⁹ R. PERROT, De l'influence de la technique sur le but des institutions, Thèse, Paris, 1947, n° 1, p. 4.

les contrats qui se forment chaque jour et qui impliquent le Vietnam et la France. Au Vietnam, la négligence de la condition de forme prive fréquemment le contrat de sa validité, notamment celui dont l'objet est l'immeuble. Connaître le droit vietnamien, sur la question du formalisme du contrat, devient alors indispensable pour les juristes français. Cependant, les documents sur le droit vietnamien diffusés en français ne nous renseignent pas sur cette question. Par conséquent, la mettre en lumière en la comparant avec le droit français, comme nous le ferons de manière détaillée, reste, sans doute la meilleure manière de connaître le droit vietnamien sur ce point.

6. En troisième et dernier lieu, notre recherche répond au besoin d'amélioration des systèmes juridiques²⁰. En effet, le Code civil français ne comprend aucune disposition générale sur le formalisme, lequel se trouve dans certaines dispositions propres aux contrats spéciaux. Ayant été rédigé il y a deux cents ans, il pose, en pratique, de nombreux problèmes d'application et suscite de vives controverses²¹. Actuellement, le législateur français souhaite réformer le droit des obligations²². Il est très probable et souhaitable que les règles concernant le formalisme du contrat entrent dans la ligne de la réforme²³. Quant au besoin du législateur vietnamien, il est plus important encore que celui de son homologue français. Même si le Code civil vietnamien a été réformé en 2005, de nombreuses dispositions relatives au formalisme du contrat demeurent obscures, de sorte que celles-ci doivent être complétées et améliorées. Ainsi, comparer le formalisme du contrat en droit français et en droit vietnamien n'est pas dénué d'intérêt pour ceux qui s'intéressent à cette réforme²⁴.

²⁰ M.-C. PONTHEAU, *Le droit comparé en question entre pragmatique et outil épistémologique*, RIDC, 2005, p. 9. D'après cet auteur, l'étude comparative du droit comparé est destinée à « trouver la meilleure solution juridique et aider ainsi à la rédaction et à la l'amélioration des codes et des lois », *art. cit.*, p. 9.

²¹ V. *infra*, n° 93 et s.

²² Actuellement, M. GRIMALDI assure « la présidence d'un groupe de travail dont l'objet est de proposer les adaptations nécessaires du Code civil en ce qui concerne le droit des sûretés réelles et personnelles et des travaux sur la refonte du droit des obligations sont également conduits sous la présidence du Professeur P. CATALA » (v. Célébration du bicentenaire du Code civil : JCP 2004, p. 533).

²³ En ce sens, C. WITZ (« L'influence des codifications nouvelles sur le Code civil de demain », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, p. 701) : « L'article 1184 du Code civil, qui donne une vision tronquée de la résolution, mériterait d'être réformé ».

²⁴ « Les grandes traditions sont celles qui savent accueillir de nouvelles sources et pratiques sociales, en rejetant tout absolutisme, au rebours du discours de l'incommensurabilité ou de l'irréductibilité », G. CANIVET, Premier Président de la Cour de cassation, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », in *XVIème Congrès de l'Académie internationale de droit*

7. Par conséquent, l'étude comparative du formalisme du contrat dans les droits français et vietnamien présente des intérêts considérables. Il nous appartient désormais de préciser les termes qui seront employés dans notre étude.

III. Présentation des termes utilisés

8. Le formalisme consiste à subordonner la validité ou l'efficacité des actes juridiques à l'accomplissement de certaines formalités prédéterminées. De toute évidence, il doit avoir préalablement une forme. En ce sens, Monsieur NICOD observe qu'« il n'y a pas de formalisme sans forme. Pareille affirmation n'est pas pure tautologie. Certes, la difficulté, n'est pour l'instant que déplacée : pour savoir ce qu'est le formalisme, il faut savoir ce qu'est la forme »²⁵.

9. Ainsi donc, qu'est-ce que la forme ? La forme est généralement l'expression extérieure de la volonté ; autrement dit, elle est l'apparence extérieure du fond²⁶. A l'appui de cette opinion, certains auteurs observent que « toute manifestation extérieure repose sur un acte de volonté et que, par la suite, on ne peut séparer ni opposer le fait psychologique du consentement et sa manifestation extérieure prévue par la loi »²⁷. Telle est notamment l'opinion de Fr. GENY, qui écrivait que la notion de forme « implique d'abord celle d'un élément, extérieur et sensible, destiné à envelopper les circonstances, immatérielles de leur nature, tels que les actes de volonté ou les faits de la vie sociale »²⁸. Suivant cette opinion, « il n'y a pas d'acte de volonté sans forme, une volonté sans forme, c'est ce contenu fameux qui n'avait ni larme... ni manche »²⁹. En matière d'acte juridique, la forme désigne « toute façon d'agir, toute manière de procéder qui préside à l'accomplissement d'un acte juridique (forme d'un contrat, d'un testament, d'un jugement) ou au déroulement d'une série d'actes (formes

comparé, Brisbane, 14-20 juillet 2002 (le lecteur peut trouver l'intégralité de cette intervention sur le site de la Cour de cassation française).

²⁵ M. NICOD, *op. cit.*, n° 21.

²⁶ S. BECQUE-ICKOWICZ, *Le parallélisme des formes en droit privé*, éd., Panthéon Assas, 2004, n° 24.

²⁷ E. SILZ, *Définition de la forme des actes au point de vue de l'application de la règle « locus regit actum » en droit international privé*, thèse Paris, 1929, n° 136. Voir également M. NICOD, *op. cit.*, n° 25.

²⁸ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, éd., Sirey, 1921, n° 203.

²⁹ R. IHERING, *op. cit.*, p. 159.

d'un procès) »³⁰. Dans cette situation, il faut constater que la volonté des parties s'extériorise librement.

10. A la différence de la forme, le formalisme, quant à lui, implique le respect d'une forme prédéterminée : « le consentement doit être enrobé dans une enveloppe strictement déterminée par la loi et telle que, si les prescriptions édictées par celle-ci n'ont pas été respectées, la manifestation de volonté soit frappée d'inefficacité juridique à un degré quelconque »³¹. Cette définition indique alors une « tendance générale dans une législation, à multiplier les formalités dans la formation des actes juridiques ou l'exercice des droits, soit à des fins de preuve, soit à des fins de publicité, soit à peine de nullité »³². En effet, elle renvoie aux finalités des règles de forme et appelle une représentation concrète qui atteste du caractère technique du formalisme. Dans cette définition, « le formalisme est un phénomène unitaire dont les finalités obligatoires sont les manifestations immédiates. La forme imposée est la conséquence du formalisme ; le formalisme se décline en formalités »³³.

³⁰ G. CORNU, *op. cit.*, V° « Forme ».

³¹ J. FLOUR, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, *in* Le droit privé au milieu du XX^e siècle, études offertes à G. RIPERT, t. 1, 1950, n° 4, p. 96. V. également, J.-L. AUBERT, Le formalisme (Rapport et synthèse), Defrénois, 15 août 2000, n° 15-16, p. 931.

³² G. CORNU, Vocabulaire juridique, 8^e, éd., PUF, 2008, V. « Formalisme ».

³³ V. FORRY, Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, éd., LGDJ, 2007, n° 232.

IV. Présentation du plan de la thèse

11. Après avoir exposé les termes utilisés, présentons le plan de la thèse. En effet, l'étude sur le formalisme du contrat en droits français et vietnamien qui a pour ambition de démontrer les caractères du formalisme, contient deux parties principales. Dans la première partie, il s'agit de présenter le formalisme accentué, quand la forme s'impose pour la validité ou l'existence d'un contrat (Première partie). Dans la seconde partie, l'attention sera portée sur le formalisme atténué, quand la forme requise n'est qu'une condition de l'efficacité du contrat (Deuxième partie).

Avant d'entrer dans l'examen du contenu de la thèse, il est utile de rappeler l'évolution historique du formalisme en droits des contrats français et vietnamien afin de mieux comprendre le formalisme du contrat en droit moderne, ou celui-ci étant l'héritage d'une évolution progressive, dont le point de départ est l'ancien droit romain³⁴.

³⁴ M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, rééd., Dalloz, 2002, p. 17.

Chapitre préliminaire : l'évolution du formalisme en droit des contrats

12. Le principe du consensualisme domine en droit moderne. Cela signifie que le contrat se forme par le simple échange du consentement des parties, sans qu'aucune formalité ne soit requise. Le législateur soumet toutefois la validité ou l'efficacité de tels ou tels contrats au respect d'une formalité déterminée en vue de garantir la sécurité juridique³⁵. Cette technique remonte donc au droit romain.

Ainsi, il importe de s'interroger sur l'évolution du formalisme en droits français et vietnamien. Quelle était la place du formalisme à l'égard du processus de la formation du contrat dans l'ancien droit français et l'ancien droit vietnamien ? Le rôle du formalisme est-il, aujourd'hui, analogue ? L'évolution du formalisme dans les droits étudiés présente-t-elle les caractères depuis l'Antiquité jusqu'à l'heure actuelle ?

13. Pour répondre exactement à ces questions, l'on doit examiner l'histoire du formalisme du contrat en droits français et vietnamien. Celle-ci se divise en deux sections : l'histoire du formalisme du contrat en droit français (Section I) et cette même histoire en droit vietnamien (Section II).

³⁵ V. *infra*, n° 59-68, 198-208, 252-255, 341-358.

Section I. L’histoire du formalisme du contrat en droit français

14. En droit français, le formalisme se caractérise par des oscillations historiques. L’ensemble des auteurs français s’accordent à admettre cette caractéristique lorsqu’ils examinent le formalisme du contrat³⁶. Le formalisme rigoureux règne sans partage dans l’ancien droit romain (1). Puis, sous l’influence de divers facteurs, sa rigidité s’atténue considérablement pour s’adapter aux échanges économiques (2). Cependant, à partir de l’époque franque jusqu’à l’époque féodale, le formalisme retourne à celui de l’ancien droit romain (3). Mais dès le XV^e jusqu’à la moitié du XX^e siècle, il est une exception au principe du consensualisme (4).

1. Le formalisme rituel de l’ancien droit romain

15. Dans l’ancien droit romain, les contrats sont formalistes³⁷. La volonté des parties est en elle-même impuissante à donner naissance à un acte juridique³⁸. La forme et le contrat sont liés au sens où la première relève de l’essence du second. Par conséquent, l’obligation contractuelle ne naît que de l’accomplissement d’une forme rituelle telle que les paroles solennelles, la remise de la chose.

En premier lieu, il est nécessaire de citer le *nexum* qui est l’une des plus anciennes opérations juridiques³⁹. C’est un contrat qui est conclu par l’accomplissement de formes solennelles⁴⁰. De tels rites font que le créancier remet au débiteur un lingot d’airain en présence de cinq témoins ; puis le créancier fait une déclaration solennelle (*nuncupatio*) en présence des mêmes personnes⁴¹. Dans ce cas, le *nexum* est un contrat rigoureusement

³⁶ M-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 7 ; J. GHESTIN, *Traité du droit civil, Formation du contrat*, 3^e, éd., LGDJ, 1993, n° 362 ; Y. JEANCLOS, *Formalisme ou consensualisme : La sempiternelle querelle du droit des contrats*, in *mélanges en hommages à Gérard BOULVERT*, Centre d’histoire du droit L.A.R.J.E.P.T.A.E, en 1988, p. 334 et s ; R. ROUXEL, *Recherche des principes généraux régissant l’évolution contemporaine du formalisme des actes juridiques*, thèse, Faculté de droit de Paris, 1934, p. 11 ; J. BONNECASE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 2, éd., Sirey, 1925, n° 380.

³⁷ J. BART, *Histoire du droit privé de la chute de l’Empire romain au XIX^e siècle*, 2^e, éd., Montchrestien, 2009, p. 84.

³⁸ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, éd., Economica, 2007, p. 112 et s.

³⁹ J.-Ph. LEVY, *Histoire des obligations*, Cours de droit en 1978, p. 24.

⁴⁰ J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, éd., PUF, 1992, n° 100.

⁴¹ B.JHERING, *L’esprit du droit romain dans les diverses phrases de son développement*, éd., A. Marescq, 1877, p. 142 ; V. également, J. LEVY - A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 442.

formaliste car sa forme requise pour sa naissance est la forme rituelle, sacramentelle : la chose symbole et la présence des tiers.

En deuxième lieu, c'est le contrat *verbis* qui apparaît après le *nexum*⁴². C'est aussi un contrat formaliste car sa formation se matérialise par l'échange convergent d'un dialogue oral entre le créancier et le débiteur⁴³. En effet, la question et la réponse doivent présenter une rigoureuse symétrie sous peine de nullité de l'engagement⁴⁴. Tel est le cas du créancier qui stipule : « Promets-tu cent ? » et le débiteur lui répond « Je promets cent ». En conséquence, ce contrat *verbis* exclut la possibilité de stipuler pour des muets et des sourds qui ne peuvent entendre les formules prononcées.

En troisième lieu, le contrat *litteris*⁴⁵ illustre encore le contrat formaliste dans le droit romain primitif. Il est de même un contrat solennel, unilatéral de droit strict qui ne peut être conclu qu'entre romains et dans lequel l'obligation naît à la suite de formalités d'écritures accomplies sur un registre de comptabilité, le *codex accepti et expensi*, que possède le créancier⁴⁶. Ce dernier inscrit avec l'accord de son débiteur, une sorte de caisse fictive sur son *codex* et porte le débiteur comme bénéficiaire. Cette seule inscription fait naître l'obligation sans qu'une mention symétrique sur le *codex* du débiteur soit nécessaire. Autrement dit, l'inscription sur le *codex* est une forme solennelle obligatoire visant à donner naissance au contrat.

Enfin, le contrat réel se forme exclusivement par la remise de la chose : la convention, pour produire ses effets, doit s'accompagner d'un élément matériel⁴⁷. Si la remise de la chose n'est pas réalisée, l'accord des volontés des parties ne produit aucun effet juridique. Pour cette raison, on le classe parmi les contrats formalistes. En réalité, il existe plusieurs sortes de contrats réels en droit romain, mais le seul qui soit de droit strict et unilatéral est le *mutuum*. Les autres (fiducie, dépôt, gage et commodat) sont de bonne foi et synallagmatiques imparfaits⁴⁸. A la différence de la remise de la chose, caractéristique du contrat réel dans le

⁴² Nous l'appelons « le contrat *verbis* » car il consiste en un dialogue entre le créancier (stipulant) et le débiteur (promettant).

⁴³ J.-Ph. LEVY, A. CASTALDO, Histoire du droit civil, 2^e, éd., Dalloz, 2010, n° 445 et s.

⁴⁴ J. GAUDEMET, Droit privé romain, 2^e, éd., Montchrestien, 2000, p. 265.

⁴⁵ J. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 266 ; J.-Ph. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 449.

⁴⁶ J.-Ph. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 450.

⁴⁷ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUGLE, Introduction historique au droit des obligations, éd., Litec, 2007, n° 33 et s..

⁴⁸ *Ibid.*

droit contemporain, la remise de la chose dans le droit romain intervenant dans la formation du rapport obligatoire n'est pas nécessairement l'objet du contrat. Elle peut consister en une fraction de l'objet du contrat, en nature ou en équivalent, ou en une représentation symbolique de l'objet du contrat⁴⁹.

16. Un bref aperçu sur quelques contrats formalistes dans le droit romain primitif suffit pour conclure que ce type de contrats est très formaliste au sens le plus rigoureux du terme. Cela peut s'expliquer par l'influence de l'environnement économique, social et religieux romain sur le système juridique en général et les contrats en particulier. En effet, dans la société romaine archaïque, l'économie est essentiellement rurale, agricole, entretenue par les anciens Achéens, plutôt stagnante et communautariste. Dans ce contexte, la relation juridique entre les individus découle, en réalité, de la religion. Ainsi, la rigidité du formalisme présente de grands avantages. Il rend l'acte facile à prouver, précise le moment où il est conclu, et ne laisse aucun doute sur l'effet qu'on en attend.

2. L'érosion du formalisme rituel du droit romain ultérieur

17. En revanche, à partir de l'époque républicaine, l'échange, dans le commerce, se développe, de sorte que la rigidité du formalisme du contrat s'atténue peu à peu dans le droit romain ultérieur⁵⁰. Ceci peut se justifier selon plusieurs raisons.

D'abord, les contrats consensuels apparaissent à côté des contrats formels. Il s'agit de contrats de bonne foi, synallagmatiques parfaits ou imparfaits qui se forment par le simple échange des consentements des parties, sans qu'aucune forme ne soit imposée. Ils peuvent aussi se conclure entre absents, par correspondance ou par un représentant⁵¹. Or, la liste des contrats consensuels se limite au nombre de quatre : l'achat-vente, le louage, la société, le mandat⁵². Ils émergent progressivement dans un contexte de mutations économiques et de développement des échanges avec l'étranger. Ils s'avèrent donc mieux adaptés à la pratique des échanges du commerce.

⁴⁹ A.-E. GIFFARD, R. VILLERS, *Droit romain et ancien droit français*, 4^e, éd., Dalloz, 1976, n° 223 et s.

⁵⁰ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUGLE, *op. cit.*, n° 25.

⁵¹ J-Ph. LEVY, *op. cit.*, p. 211.

⁵² A. E. GIFFARD, R. VILLERS, *op.cit.*, p. 47-85 ; J-Ph. LEVY, A .CASTALDO, *op. cit.*, n° 466 et s..

Ensuite, c'est la rigidité du formalisme qui s'atténue en droit romain ultérieur. Dans l'ancien droit romain, la forme *verbis* était très rigoureuse⁵³. Mais depuis le II^e siècle, cette forme s'est peu à peu modérée. Le droit romain n'exige plus de formules sacramentelles. Seule l'exigence de « concordance de fond »⁵⁴ est requise. Par exemple : « Promets-tu de donner ? – Pourquoi pas ? »⁵⁵. L'atténuation de la forme verbale se manifeste non seulement par la dégradation de la concordance des paroles mais encore par la langue de la communication⁵⁶. Depuis le III^e siècle, « la langue de la question peut être différente de celle de la réponse, il suffit que la réponse corresponde à la question »⁵⁷. En vérité, la formalité verbale a changé de type. Le recours aux *verba solemnia* et *directa* est alors devenu obsolète ; il suffit que la stipulation suppose l'échange effectif de paroles, qu'elle soit rédigée avec n'importe quelle expression destinée à exprimer le consentement des parties. Autrement dit, par rapport à la forme de la stipulation primitive, la forme *verbis* faisait figure d'un objet d'érosion considérable de la rigueur. Comme la forme verbale, la rigidité de la forme écrite s'est aussi atténuée. Il s'agit du contrat *litteris* des pérégrins, découlant de leurs coutumes et de leurs pratiques, appelé *chirographa*, devant des témoins. Ceux-ci, souvent au nombre de six, scellent l'acte avec le débiteur. Ces actes sont en usage à Rome avant la fin de la république, d'imitation usuraire. L'acte chirographe correspond encore à l'acte rédigé à la première personne, écrit de la main même du débiteur devant au moins deux témoins. A travers cet acte scellé par les témoins mais également par lui-même, le débiteur établit une reconnaissance de dette au profit de son créancier. Ces deux façons d'écrire ont été controversées sur la condition de validité ou sur une simple règle de preuves dans la doctrine française, quoi que la rigueur de la forme de ce contrat soit considérablement atténuée.

L'atténuation de la rigueur de la forme du contrat, dans le droit romain ultérieur, est plus claire lorsque l'on aborde les pactes. Dans le droit romain primitif, on confirme en principe la maxime selon laquelle « *du pacte nu ne naît aucune action* », c'est-à-dire que la seule convention ne suffit pas à créer une obligation⁵⁸. Cependant, dans le droit romain

⁵³ V. *supra*, n° 15.

⁵⁴ L'expression est empruntée à J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op.cit.*, n° 446.

⁵⁵ D. 45. 1.1 ; 2 cité par E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUGLE, *op.cit.*, n° 30.

⁵⁶ J. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 255 ; Voir également de cet auteur la traduction du texte d'ULPIEN (Commentaire sur SABINUS, Dig. 45, 1, 1) sur la stipulation, *op. cit.* ; p. 386, n° 137.

⁵⁷ G. LEPOINTE et R. MONIER, Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français, éd, Sirey, 1954, p. 186.

⁵⁸ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUGLE, *op.cit.*, n° 44.

ultérieur, de nombreuses exceptions ont été apportées à cette règle par la jurisprudence, le préteur et les constitutions impériales, qui ont reconnu que le seul accord de deux ou plusieurs personnes sur le même objet pouvait avoir une valeur juridique : cet accord est appelé pacte. Trois sortes principales de pactes pouvaient être révélées : le pacte adjoint, le pacte prétorien, le pacte légitime. Les pactes dégradent la rigueur du formalisme primitif car la reconnaissance du lien entre des obligations contractuelles est établie par le seul objet réciproque des parties contractantes.

Enfin, l'atténuation de la rigueur du formalisme du contrat s'étend notamment par l'admission des contrats innommés. Ces derniers « supposent qu'une convention synallagmatique qui n'a pas été rendue obligatoire à l'aide d'un contrat formel et qui ne constitue pas un contrat non formel, consensuel ou réel, a été exécutée par l'une des parties »⁵⁹. Autrement dit, il a une nature mixte. Nous devons alors constater que la rigueur de la forme dans ce contrat a diminué si on la compare avec la forme solennelle dans le droit romain primitif.

18. Ainsi, force est de conclure que la rigidité du formalisme du contrat du droit romain ultérieur s'atténue considérablement par rapport à celle de l'ancien droit romain. C'est une véritable évolution du contrat visant à s'adapter à la pratique des échanges du commerce en plein essor dans la société romaine ultérieure.

3. Le retour au formalisme rituel de l'ancien droit français

19. Néanmoins, dès l'époque franque jusqu'à l'époque féodale, l'atténuation de la rigueur du formalisme n'a pas été développée en raison de l'influence concomitante du droit romain redécouvert et de la coutume germanique⁶⁰. Les contrats sont formalistes. Le lien d'obligation est subordonné à l'accomplissement d'une formalité déterminée. La doctrine française identifie deux types de contrats à cette période.

D'une part, sous l'influence du droit romain redécouvert, les contrats réels qui se forment par la remise d'une chose sont nombreux pendant cette période, comme, le prêt ou le dépôt ou le gage⁶¹. La remise d'une chose est un élément de formation de l'obligation contractuelle dans la mesure où elle permet de reconnaître l'existence du contrat et de

⁵⁹A.-E. GIRARD, Manuel élémentaire de droit romain, 8^e, éd., Par F. SENN, Paris, 1929, p. 624.

⁶⁰J.-Ph. LEVY, Le consensualisme et les contrats des origines au Code civil, Revue des sciences morales et politiques, 1995, p. 213.

⁶¹J. -L. GAZZANIGA, Introduction historique au droit des obligations, éd., PUF, 1992, p. 151, 152.

conférer une action. À côté des contrats réels qui sont à l'origine du droit romain, il existe un autre contrat réel qui n'apparaît qu'à cette époque⁶². Techniquement, il repose, comme les contrats réels du droit romain, sur le formalisme de la tradition, c'est-à-dire que la remise d'une chose est une condition indispensable à sa formation. Pourtant, l'on constate des divergences frappantes entre ces deux contrats réels. Si la remise de la chose dans le droit romain est la chose matérielle, celle-ci, qui est la remise d'un écrit, symbolise la remise matérielle⁶³. « Ceci mérite d'être souligné en raison de son aspect tout à fait inédit. Il est probable que l'usage de l'écrit dans les obligations contractuelles est un emprunt au droit romain maladroitement interprété. Cette remise de l'écrit comme établissant un contrat réel de vente est caractéristique du contexte de l'ancien droit français »⁶⁴. Citons notamment la vente qui est un contrat réel caractéristique de cette période. Par exemple, la vente réalisée au comptant qui consiste en un « transfert de propriété accompagné d'un paiement de prix concomitant »⁶⁵, selon la formalité rituelle prévue ou la vente, se réalise par la remise d'arrhes. Dans cette vente, la remise d'une chose symbolique est une condition indispensable à sa formation, à défaut de laquelle le contrat ne produit pas d'effet juridique.

D'autre part, le contrat formel de l'ancien droit français, quant à lui, présente de fortes similitudes avec les engagements de l'ancien droit romain primitif. En effet, il ne peut être conclu que par l'accomplissement d'un rite solennel. Tel est le cas de la *festuca* qui « consiste essentiellement en une promesse rituellement prononcée accompagnée d'un geste rituel et symbolique »⁶⁶. Tel est aussi le cas du denier à Dieu qui manifeste le caractère récurrent de l'élément immatériel des formes rituelles⁶⁷. Cet élément symbolique participe de la structure du formalisme. Tel est encore le cas de la paumée qui constitue certainement un des modes d'engagement contractuel parmi les plus hautement symboliques. Les parties se trouvent liées par le contrat une fois qu'elles se sont tapées dans la main.

⁶² G. LEPOINTE et R. MONNIER, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, éd., Sirey, 1954, p. 453 ; A. ESMEIN, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, éd., Paris, 1883, p. 19.

⁶³ G. LEPOINTE et R. MONNIER, *op. et loc. cit.*

⁶⁴ V. FORRY, *op. cit.*, n° 98.

⁶⁵ G. LEPOINTE et R. MONNIER, *op. cit.*, p. 452.

⁶⁶ G. LEPOINTE et R. MONNIER, *op. cit.*, p. 453.

⁶⁷ A.-E. GIRRARD et R. VILLERS, *Droit romain et ancien droit français*, éd., Dalloz, 3^e éd., 1970, p. 158 : « Il était possible aux chrétiens respectueux des commandements d'engager leur foi sans faire appel à la divinité. Il suffisait pour cela d'accompagner les paroles indiquant l'engagement contractuel d'un geste appelé *fides manualis* ou *corporalis* geste consistant à mettre sa main droite dans celle de l'autre partie ou dans celle d'un tiers ».

20. A vrai dire, dans l'ancien droit français, les contrats sont donc formalistes. Ils ne se forment que par l'accomplissement d'un rite sacramentel. Cette rigidité de la forme solennelle de l'ancien droit français paraît s'opposer à l'émergence du principe du consensualisme qui domine dans le droit français à partir du XV^e siècle.

4. Le formalisme : une exception au consensualisme

21. A la différence de la période féodale où domine le formalisme, le principe du consensualisme est admis en France à partir du XV^e siècle, en ce sens, le formalisme est considéré comme lui étant exception⁶⁸. Il est né de la convergence de plusieurs sources : le commentaire des glossateurs sur le contrat dans le droit romain redécouvert, l'apport de la théorie du droit canonique à la conception du contrat et l'apport de la pratique juridique et de l'école du droit naturel⁶⁹.

L'apport du droit romain à la naissance du principe du consensualisme est clair. Il se manifeste par des travaux effectués par des *glossateurs*, puis des *post-glossateurs* sur le droit romain⁷⁰. Les auteurs considèrent que l'essence du contrat réside dans la convention ; la forme consiste seulement en un élément de « couverture » d'un accord déjà établi entre les parties⁷¹. En effet, la parole est le vêtement du contrat *verbis* ; l'écriture est également le vêtement du contrat *litteris*. Cette analyse a pour conséquence d'envisager l'échange des consentements comme un mécanisme caractéristique de la procédure contractuelle, la forme étant conçue comme une simple condition de perfection du contrat⁷². Les commentaires des glossateurs justifient l'avènement du principe du consensualisme d'une façon sommaire.

C'est l'apport de la théorie du droit canonique à la naissance du principe du consensualisme qui doit être souligné. Au sein de cette théorie, le principe du respect de la parole donnée (*pacta sunt servanda*) occupe aussi une place gigantesque visant à faire émerger le principe du consensualisme⁷³, selon lequel tout individu doit respecter sa parole et ses engagements reposant sur la fidélité à l'intention exprimée. Celui qui ne tient pas sa parole

⁶⁸ J.-Ph. LEVY, A.CASTALDO, *op. cit.*, n° 527 et s.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ F.-X. TESTU, Les glossateurs, Regards d'un civiliste, RTD Civ. 1993, p. 279 et s.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

⁷³ G. ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris, 1965, I, p. 49 ; G. AUGÉ, Le contrat et l'évolution du consensualisme chez GROTIUS, éd., Sirey, 1968, p. 99 et s., *in* Archives de philosophie du droit T. XIII sur les notions du contrat, p. 99- 114.

est considéré comme un pécheur. La fidélité à la parole est d'autant plus indispensable qu'elle « porte sur quelque chose que l'on permet de faire ». A vrai dire, le principe du consensualisme intègre, au-delà du rejet des formes obligatoires, une dimension bilatérale, une relation d'interdépendance quant aux intentions exprimées, d'où l'importance de l'échange des consentements.

Dans la pratique juridique, ainsi que dans la théorie et la philosophie, le consensualisme s'affirme, au fur et à mesure en France. En effet, le droit coutumier rejette l'exigence de la forme ; c'est une condition de validité du contrat. En réalité, les parlements, à cette époque, reconnaissent pleinement l'obligation née du simple consentement. A la suite du droit coutumier, les juristes suivent le mouvement, comme, par exemple, les auteurs de l'école du droit naturel⁷⁴, pour qui le contrat se forme par le seul échange de consentement des parties sans aucune condition de forme exigée. Ils mettent aussi en vedette des adages tels que « *pacta sunt servanda* » ou « *solus consensus obligat* », c'est-à-dire le principe du consensualisme qu'ils justifient par l'idée de liberté de la volonté humaine⁷⁵.

22. Après une longue évolution historique, le principe du consensualisme triomphe, notamment à partir du XV^e siècle en France, bien qu'il existe quelques contrats formalistes en parallèle. Dans la pratique juridique, les parties prennent l'habitude de recourir aux soins d'un notaire, pour préciser et surtout inscrire, de manière indélébile, les clauses de la convention. Ils considèrent aussitôt le notaire comme étant le siège de la mémoire de l'acte contractuel et, pendant longtemps, ne lui reconnaissent qu'un rôle accessoire. Cette habitude des contractants conduit la cour souveraine à reconnaître la valeur obligatoire de l'acte authentique de la donation à des arrêts quelconques. Afin d'unifier les diverses solutions jurisprudentielles diverses des parlements et Cours souveraines, relativement à l'interprétation des lois en matière, le premier article de l'ordonnance du Chancelier D'Aguesseau en 1731 soumet ainsi la validité de la donation à la rédaction d'un acte notarié. Cette règle, comme par le passé ayant pour finalité de garantir l'irrévocabilité de la donation et du dessaisissement définitif du gratifiant, a pour corollaire la prohibition des donations, à cause de mort, ainsi que la nullité de toute clause permettant au donateur de reprendre tout ou partie du bien donné.

⁷⁴ Les auteurs connus de l'école du droit naturel comme GROTIUS, POTHIER, LOISEL DOMAT ont fourni de nombreux apports à la naissance du principe du consensualisme à travers l'oeuvre des philosophes et des juristes.

⁷⁵ J.-Ph. LEVY, A.CASTALDO, *op. cit.*, n° 541 et s..

Finalement, le législateur du droit civil français retient que « tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires, ..., sous peine de nullité ».

Le contrat de mariage devant être passé par acte authentique découle aussi de la coutume d'Orléans aux XVII^e et XVIII^e siècles⁷⁶. Une telle formalité est destinée à permettre aux époux de connaître la nature de la convention qu'ils passent entre eux, à la demande de leurs familles⁷⁷. Elle a également pour but d'informer les tiers revendiquant le sort de certains meubles et immeubles. C'est pourquoi le législateur français du Code civil 1804 dispose que le contrat de mariage doit être passé par un acte devant notaire.

Les contrats d'importance économique passent aussi devant un notaire en vue d'avoir une garantie de leur exécution. Tel est le cas de la constitution d'hypothèque qui est une sorte de contrat revêtant une grande importance économique. D'ailleurs, dans le courant du XVII^e siècle, dans l'ancienne France, l'hypothèque fut considérée comme un droit réel. Par conséquent, elle ne pouvait pas naître d'un simple échange de consentements reposant sur le sceau de l'autorité publique, sur la force exécutoire de l'acte notarié. C'est l'explication donnée par l'article 2416 du Code civil français : « l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par un acte notarié ».

Quant au contrat de subrogation conventionnelle consentie par le débiteur, nous n'avons pas trouvé beaucoup de documents concernant son origine. Il convient donc de savoir s'il y a un lien entre la condition de forme et la coutume juridique dans l'ancien droit français. D'après notre connaissance, il pourrait être un produit apprécié par les rédacteurs du Code civil français en faveur du formalisme, afin d'assurer le sérieux d'une convention dont l'importance ne doit échapper à personne⁷⁸.

23. A côté des contrats solennels que nous avons dégagés, citons encore la formalité requise pour l'efficacité du contrat qui constitue également une dérogation au principe du consensualisme. Il s'agit alors de la forme probatoire et de la forme de publicité.

⁷⁶ R.-J. POTHIER, *Ouvres complètes*, Tome 7, *Traité du Contrat de mariage et de la puissance du mariage*, Paris 1882, p. 28 ; Y. JEANCLOS, *Formalisme ou consensualisme : La sempiternelle querelle du droit des contrats*, in *Mélanges hommages à G. BOULVERT*, publiés par le Centre d'histoire du droit du L.A.R.J.E.P.T.A.E, 1987, p. 348.

⁷⁷ E. LESERGENT, *La pratique notaire orléanaise, de la coutume au Code civil ; Les contrats de mariage orléanais de 1650 à 1850*, thèse, Paris II, 2006, p. 252.

⁷⁸ J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, éd., LGDJ, 1979, n° 78 et s. .

La forme probatoire est primitivement réglementée par l'article 54 de l'ordonnance de Moulin en 1566. L'article prescrit l'obligation de passer un écrit pour toute somme supérieure à 100 livres, et interdit de prouver par témoins⁷⁹. Certes, cette formalité n'est pas une condition de validité du contrat, à défaut de laquelle le contrat serait nul, mais est une exigence légale indispensable en cas de contestation pour exécution défectueuse. Un siècle plus tard, cette disposition est reprise à l'article 2, titre XX de l'ordonnance sur la procédure civile de 1667. Cet article réglemente aussi un écrit nécessaire pour tout contrat supérieur à une certaine valeur⁸⁰. Finalement, les rédacteurs du Code civil français ont imité les dispositions précitées afin de rédiger l'article 1341⁸¹.

La forme de publicité est initialement définie par l'article 132 de l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539⁸². Cet article prescrit la transcription de l'acte de donation sur un registre tenu au greffe au tribunal, et dont la consultation est permise au public. Cette disposition est destinée à protéger la famille, ainsi que le patrimoine familial contre les donations inconsidérées ou immorales, que le donateur et le donataire hésitent à révéler. Le défaut d'insinuation n'entraîne pas la nullité de la donation, mais rend celle-ci inopposable aux tiers, tiers parmi lesquels figurent les héritiers du donateur et les créanciers chirographaires. Cette disposition est reprise en 1566, en 1705 et dans l'ordonnance de 1731 du chancelier d'Aguesseau sur les donations. Durant la période révolutionnaire, en vue de la perfection du crédit hypothécaire, le législateur français disposait : « les actes translatifs de bien et droits susceptibles d'hypothèques doivent être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques, dans l'arrondissement duquel les biens sont situés »⁸³. La sanction du défaut de publicité est l'opposabilité aux tiers du transfert ou de la constatation de droit réel. Lors de la rédaction du Code civil, les rédacteurs n'insèrent pas les dispositions

⁷⁹ J.-Ph. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 588 ; A.-E. GIFFARD, R. VILLERS, *op. cit.*, n° 314 ; Y. JEANCLOS, *art. cit.*, p. 344.

⁸⁰ Cité par J.- L. GAZZANIGA, Introduction historique au droit des obligations, éd., PUF, 1992, n° 159.

⁸¹ J.- Ph. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 588.

⁸² ISAAMBERT, Recueil général des anciennes lois françaises depuis 420 jusqu'à la Révolution de 1789, Paris, 1882, t. XXI, p. 341 ; Voir également, A. BITOUZE, Le double aspect de la publicité foncière, institution civile et institution de police, thèse, Faculté de droit, Université de Rennes, 1960, p. 5.

⁸³ Article 26 de la loi du 11 brumaire, an VII.

dans le Code civil français 1804. Après cette date, la législation postérieure rétablit le principe selon lequel le transfert du droit foncier à titre onéreux doit faire l'objet d'une publicité⁸⁴.

24. L'évolution du formalisme du contrat doit encore être citée après la naissance du Code civil français, en 1804. Plus particulièrement, au début du XX^e siècle, elle est bien constatée : certains auteurs refusent une reconnaissance du formalisme du contrat en droit français⁸⁵. Pour soutenir leur analyse, ils s'appuient sur la définition du formalisme, aux termes de laquelle la reconnaissance de ce dernier ne constitue pas systématiquement des exceptions au principe du consensualisme. Ainsi, ces auteurs fortifient l'observation selon laquelle il existe une survivance du formalisme après la naissance du Code civil français 1804. En revanche, dans la première moitié du XX^e siècle, d'autres auteurs décèlent une évolution au sens d'« une reconnaissance du formalisme »⁸⁶. Ils argumentent sur le développement d'un formalisme souple en matière commerciale.

Néanmoins, à partir du XX^e siècle, la liste des contrats solennels ne cesse de s'allonger en droit privé. Une série d'exemples peut illustrer ce phénomène. Tel est le cas de la loi du 3 janvier 1967 relative à la vente d'immeuble à construire, qui dispose que la vente d'immeuble à construire est un contrat solennel. Cette loi marque le point de départ d'un important édifice protecteur, tant du point de vue du droit de la construction que de celui du droit de la consommation. Puis la loi du 22 décembre 1972 impose l'écrit et certaines mentions concernant les ventes à domicile ; celles du 10 janvier 1978 et du 13 juillet 1979 réglementent le crédit à la consommation et imposent aux banques de respecter des modèles-types ; la loi du 31 décembre 1989, relative au surendettement des particuliers, confère un caractère impératif au modèle de mention manuscrite pour tout cautionnement donné pour un consommateur.

Incontestablement, la liste des contrats solennels s'amplifie à partir de la deuxième moitié du XX^e siècle. En fait, ces contrats occupent une place importante dans la garantie de la sécurité juridique. De toute évidence, la technique archaïque et la technique moderne doivent être différentes. Dans un premier temps, le formalisme était symbolique ; la forme comportait une valeur propre et remplaçait la volonté. La validité formelle d'un acte était

⁸⁴ La loi du 23 mars 1855 et le décret du 4 janvier 1955.

⁸⁵ V. par exemple, BONNECASE, *Traité de Baudry-Lacantinerie*, t. II, n° 381 cité par M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 7.

⁸⁶ P. MOENECLAËY, *De la reconnaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial*, thèse, Paris, 1914.

donc la condition nécessaire et suffisante de sa perfection. Au fur et à mesure, ce formalisme s'est simplifié et a évolué en vue de s'adapter aux environnements économiques et sociaux. Actuellement, il n'est donc plus arbitraire et instinctif, mais rationnel et utilitaire. En ce sens, il ne peut pas être considéré comme une exception au consensualisme mais il le complète. A cet effet, l'exigence de forme constitue un instrument légal afin de garantir la sécurité juridique des relations contractuelles.

25. Après avoir décelé l'histoire du formalisme du contrat en droit français de l'Antiquité romaine jusqu'à l'heure actuelle, nous constatons qu'il a progressivement évolué. Rappelons brièvement l'évolution du formalisme du contrat en droit français. Dans l'ancien droit romain, le formalisme régnait au sens rigoureux du terme. Le contrat n'existait que par l'accomplissement d'une forme sacramentel, le rituelle. Puis, dans le droit romain ultérieur, la rigidité du formalisme s'est atténuée pour s'adapter aux échanges commerciaux des pérégrins, en plein essor. Cependant, pendant l'époque féodale et l'ancien droit français, le formalisme est retourné à l'ancien droit romain sous l'influence concomitante du droit romain redécouvert et de la tradition du formalisme du droit germanique. A partir du XV^e siècle, le formalisme est devenu une exception au consensualisme. Pourtant, ce dernier n'est pas parvenu à exclure le formalisme pour participer à la fondation du contrat. Le formalisme reste toujours vivant en raison de la sécurité juridique qu'il permet.

Section II. L’histoire du formalisme du contrat en droit vietnamien

26. On vient de le voir en droit français, l’histoire du formalisme du contrat marque « une hésitation entre le consensualisme et le formalisme »⁸⁷, selon l’opinion de nombreux auteurs français⁸⁸. A l’opposé du droit français, le formalisme du contrat du droit vietnamien, ne se caractérise pas par une oscillation historique⁸⁹. Cela signifie que le principe du consensualisme domine en droit vietnamien tout au long de l’histoire du formalisme du contrat⁹⁰. En effet, presque tous les contrats se forment par le seul échange du consentement des parties sans qu’aucune condition de forme ne soit requise⁹¹. Cependant, il existe certains contrats dont la validité dépend de l’accomplissement d’une formalité déterminée⁹².

Ainsi, la division de cette section marque une caractéristique par rapport à celle du droit français. Elle se divise en trois sous-sections. Tout d’abord, il conviendra de dégager d’anciennes institutions juridiques vietnamiennes car celles-ci, qui influent beaucoup sur la conception du contrat dans l’ancien droit vietnamien, sont opposées à celles du droit romain, de sorte qu’elles influencent le formalisme du contrat (1). Ensuite, il s’agira d’explicitier pourquoi le principe du consensualisme domine dans l’ancien droit vietnamien (2). Enfin, nous présenterons certains contrats formalistes dans l’ancien droit vietnamien (3).

1. Les caractéristiques de l’ancien droit vietnamien

27. L’ancien droit civil vietnamien, avant d’être en contact avec le droit français en 1858, présente les caractères du système juridique extrême-Orient. Ce dernier s’exprime par plusieurs caractères opposés au système juridique occidental. Une série de caractéristiques de l’ancien droit civil vietnamien que nous pouvons démontrer s’opposent à celles du droit français, telles que la pauvreté du droit civil, l’absence de caractère juridique général, la confusion du droit pénal, du droit civil et l’ignorance de la distinction du droit public et du

⁸⁷ J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 362.

⁸⁸ V. *surpa*, n° 14.

⁸⁹ P.-J. SIVESTRE, *Considérations sur l’étude du droit annamite*, 2^e, éd., Paris, 1922, p. 316.

⁹⁰ A. MIRABEN, *Précis de droit annamite et de jurisprudence en matière indigène*, éd. E Plon Nourrit, 1896, p. 120 ; Manh Tuong NGUYEN, *L’individu dans la vieille cité annamite*, Essai de synthèse sur le Code des LE, éd., Presse, 1932, p. 156.

⁹¹ F.-G. LEPAGE, *Le contrat de vente en droit annamite*, éd., Domat-Montchrestien, 1937, p. 50.

⁹² *Ibid.*

droit privé, etc.⁹³. Ce sont les défaillances de l'ancien droit vietnamien. Dans ce cas, il convient de constater que celui-ci se distingue nettement de l'ancien droit français puisque ce dernier présente des caractères relativement sophistiqués⁹⁴.

En réalité, le droit romain s'est développé au niveau de la technique juridique. Les Romains ont dégagé un corps de règles tellement cohérent, logique qu'un ensemble de définitions et de classifications ont inspiré les législations occidentales⁹⁵. A l'inverse du droit romain, l'ancien droit civil vietnamien était très pauvre, non codifié et laissé à l'état de préceptes⁹⁶.

28. Cette négligence du droit civil constitue le premier caractère de l'ancien droit vietnamien que certains auteurs français ont identifié au cours de leurs recherches. Ainsi, PHILASTRE et SCHREINER ont observé que « le législateur annamite s'est abstenu de formuler des lois sur des principes généraux, qu'il s'est, au contraire, attaché à citer une infinité de cas particuliers, les groupant avec plus ou moins de bonheur, et rendant ainsi la déduction des règles générales fort laborieuse sinon impossible »⁹⁷. En ce sens, TRAN Van Chuong a écrit : « si on ôte les règles du droit de famille il n'en reste à peu près rien »⁹⁸. Plus particulièrement, lorsque l'on examine les règles de l'ancien Code vietnamien⁹⁹, on s'aperçoit qu'il n'y a guère que quelques dispositions isolées en matière civile accompagnées invariablement d'une peine pénale. Force est donc de constater que l'ancien droit vietnamien ne comporte pas beaucoup de règles en matière civile. Cette caractéristique s'oppose nettement à celle du droit romain¹⁰⁰.

29. Dans la mesure où la pauvreté des règles du droit civil est en cause, les coutumes constituent une source très importante pour régler les rapports entre les individus

⁹³ F.-G. LEPAGE, *op. cit.*, p. 38 et s.

⁹⁴ D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 110 et s.

⁹⁵ J. -L. GAZZANIGA, *op. cit.*, n° 25.

⁹⁶ TRAN Van Chuong, *Essai sur l'esprit du droit sino - annamite*, éd., LGDJ, 1922, p. 15.

⁹⁷ PHILASTRE, *Code annamite*, 2^e, éd, Ernest Leroux, 1909, p. 3 ; A. SCHREINER, *Les institutions annamites en Basse - Cochinchine avant la conquête française*, éd., Saigon, 1900, p. 209.

⁹⁸ TRAN Van Chuong, *op. cit.*, p. 196.

⁹⁹ Dans l'ancien droit vietnamien, il y avait deux Codes : le Code des dynasties de LE 1483 et le Code des dynasties de NGUYEN 1812.

¹⁰⁰ TRAN Van Chuong, *op. cit.*, p. 196.

dans l'ancienne société vietnamienne¹⁰¹. En réalité, de nombreux rapports entre les particuliers n'étant pas tranchés par l'ancien Code vietnamien, il faut consulter les coutumes locales nées des aspirations du milieu social, des prescriptions rituelles et des principes tirés des livres classiques et des livres canoniques pour les régler. Leur autorité est donc considérable dans un pays où la tradition est respectée. « L'ordre du roi cède à la coutume du village », dit un vieil adage vietnamien¹⁰². Par conséquent, pour connaître l'ancien droit civil vietnamien, faut-il se pénétrer de l'état social, des mœurs, de la relation, de la langue, de la doctrine philosophie du Royaume¹⁰³. La coutume en tant que source première de l'ancien du droit civil vietnamien constitue la deuxième différence entre l'ancien droit vietnamien et l'ancien droit français.

30. La troisième caractéristique de l'ancien droit vietnamien est la confusion entre le droit et de la morale¹⁰⁴. Elle découle de la pensée confucianiste, imprégnée du style de vie des habitants¹⁰⁵. Suivant cette doctrine, le droit ne se différencie pas de la morale ; il n'est que sa mise en oeuvre. De ce fait, ceux qui n'observent pas la morale seront considérés comme n'observant pas le droit, et par conséquent, sanctionnés par une peine pénale très sévère¹⁰⁶. Nous trouvons cette confusion dans l'ancien Code vietnamien. Tel est l'article 157 du Code des dynasties de Le qui prescrit que « tout homme doit se conduire avec droiture ». Tels sont aussi les articles 283, 293 du même Code qui imposent aux domestiques le respect de leur maître ainsi que les parents de celui-ci¹⁰⁷. Cette caractéristique est la plus justifiable lorsqu'on voit l'article 351 du Code des dynasties de LE qui dispose que « celui qui aura fait ce qui ne doit pas être fait sera puni de 40 coups de rotin ; si l'importance du fait est grave, la peine sera de 80 coups de bâton ». Cet article vise les faits qui n'ayant pas été prévus par le législateur,

¹⁰¹ P. AQUARONE, Les sûretés immobilières en Indochine, Essai théorique et critique, éd., Domat-Montchrestien, 1936, p. 2.

¹⁰² E. LURO, Cours d'administration, éd., Saigon, 1875, p. 145.

¹⁰³ E. LURO, Pays d'Annam, 2^e, éd., Leroux, 1897, p. 230 ; F. LEPAGE, Le contrat de vente en droit annamite, éd., Domat - Montchrestien, 1937, p. 31.

¹⁰⁴ PHAM Quang Dau, Les principes fondamentaux du nouveau Code civil annamite de 1931, éd., Librairie de l'université de Bordeaux, 1933, p. 25 et s.

¹⁰⁵ TRAN Van Chuong, *op. cit.*, p. 69 et s.

¹⁰⁶ F.-G. LEPAGE, *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁷ TRAN Van Chuong, *op. cit.*, p. 143.

mais qui méritent cependant d'être punis parce qu'ils sont contraires à la morale ou à l'ordre public, selon l'interprétation de l'ensemble de la doctrine vietnamienne¹⁰⁸.

Cette caractéristique du droit vietnamien distingue donc ce dernier du droit romain, qui assure une distinction fondamentale entre le droit et la morale. En effet, la morale qui n'intervient que pour compléter la force des préceptes juridiques n'est pas une source du droit. A l'inverse du droit romain, le précepte juridique de l'ancien droit vietnamien ne fait que compléter et assurer la force des règles morales ; autrement dit, la morale régit principalement les relations entre les individus.

31. Une autre caractéristique du droit vietnamien est que celui-ci est une législation répressive, en ce sens que toute affaire, même civile, comporte invariablement une peine pénale¹⁰⁹. Cette remarque se justifie pour un certain nombre de dispositions civiles dans les deux anciens Codes vietnamiens qui entraînent toujours une sanction pénale¹¹⁰. Par exemple, l'article 354 du Code de LE 1483 dispose que « ceux qui achèteront des rivières et des terres en usant de contrainte seront punis d'une peine d'abaissement de deux degrés. On autorisera la constitution de l'ancien prix de vente ». Plus précisément, lorsqu'on consulte l'article 270 du même Code, l'on s'aperçoit qu'il régleme aussi que « ceux qui, ayant donné des terres et des rizières en nantissement à quelqu'un, les vendront à titre définitif à une autre personne avant d'avoir remboursé au créancier nanti l'argent qu'ils en avaient primitivement reçu, et seront punis de 50 coups de rotin et d'un abaissement d'un degré. On poursuivra la restitution de l'ancien prix convenu, qui sera rendu à la personne primitivement nantie ». Plus encore, l'article 137 du Code de NGUYEN 1812 énonce expressément une sanction pénale de 80 coups de bâton pour le domestique s'il s'enfuit avant l'expiration du contrat de louage¹¹¹.

Toutes les dispositions civiles présentent ainsi, en général, le point commun d'être accompagnées d'une peine pénale. Autrement dit, l'ancien législateur vietnamien a ignoré la distinction entre le droit civil et le droit pénal.

¹⁰⁸ Par exemple, TRAN Van Chuong, *op. cit.*, p. 33 ; A. MIRABEN, Précis de droit annamite, éd., E. Nourrit et Cie, p. 251 ; NGUYEN Chanh Tam, Le Code de LE et le Code de NGUYEN étaient-ils des Codes nationaux ? *In* Histoire de la codification juridique vietnamienne, éd, Facultés de droit de Montpellier 2001, p. 200.

¹⁰⁹ P.-L.-F. PHILASTRE, Etudes sur le droit annamite et chinois, Le Code annamite, 2^e, éd., Paris Ernest-Leroux, 1909, p. 358 et s.

¹¹⁰ Dans l'ancien droit vietnamien, il y avait deux codes : le Code des dynasties de LE 1483 et le Code des dynasties de NGUYEN 1812.

¹¹¹ P. -J. SIVESTRE, Considération sur l'étude du droit annamite, 2^e, éd., Saigon, 1922, p. 342.

32. La dernière caractéristique de l'ancien droit vietnamien est la confusion entre le droit public et le droit privé. Il se distingue ainsi, et à nouveau, du droit français qui sépare les deux droits. Cette division est fondamentale en ce sens que le cœur de l'ancien droit français a toujours été considéré comme étant le droit privé¹¹². Le droit public, mêlé à la politique et se distinguant mal de la science administrative, a été prudemment laissé de côté par les juristes occidentaux pendant des siècles, mais il demeure encore dans plusieurs de ses branches ou sous-développé par rapport au droit privé. Traditionnellement, la pensée juridique de l'ancien droit vietnamien se trouve aux antipodes de cette position. Dans le cadre de la codification, les Codes dynastiques de LE et NGUYEN réglementent toutes sortes de problèmes juridiques, ignorant les divisions du système juridique romain. Cependant, la plupart des dispositions légales intéressent exclusivement le droit public. À la différence de sa position dans le droit romain, le droit privé est négligé par le législateur et réduit à un nombre insignifiant de textes qui ne sont maintenus qu'en raison de l'importance qu'ils accordent à l'ordre public.

33. Constatons dès lors que les caractères de l'ancien droit vietnamien se distinguent nettement du système juridique romaniste. Ils indiquent que le niveau de la science juridique dans l'ancienne société vietnamienne est très naïf par rapport au droit romain. L'environnement économique, social et politique est, il est vrai, totalement différent, influençant les caractères de chaque système juridique comparé. Dans l'ancien pays vietnamien où l'économie est essentiellement agricole, les besoins et les échanges sont peu nombreux ; les rapports entre les individus sont très simples, et ils ne demandent donc pas une réglementation précise et détaillée en matière de droit civil¹¹³. Dans la société romaine en revanche, les échanges économiques des plébéiens font sa prospérité. Il est alors nécessaire d'avoir un droit civil pour régler les rapports entre individus. Ensuite, sous l'influence de la pensée confucianiste, l'ordre social¹¹⁴, dans la société d'extrême-orient est organisé en classes et catégories de personnes. Les droits et les devoirs de l'individu vis-à-vis de ses semblables sont déterminés en fonction du lien naturel ou social existant entre eux ; il existe effectivement des différences entre nobles et roturiers, entre supérieurs et inférieurs, jeunes et vieux, habitants du pays et étrangers. L'ordre public implique la soumission absolue des

¹¹² J.-M. CASBASSE, Manuel d'introduction historique au droit, 3^e, éd., PUF, 2009, n° 21.

¹¹³ G-H. CAMERLYNCK, Le cours de droit annamite, T. 1, éd., Sirey, 1938, p. 193.

¹¹⁴ L'ordre social découle de la doctrine confucianiste imprégnée des actes des individus dans l'ancienne société vietnamienne.

individus aux règles découlant de ce principe tant du point de vue moral que juridique¹¹⁵. En revanche, les rapports des citoyens romains se fondent sur l'égalité formelle. Ils ont des droits civiques, politiques, et n'obéissent qu'à la loi. La notion de loi est fondamentale (au sens étymologique) dans la mesure où elle est l'œuvre, non pas d'une divinité ou d'un seul, mais au minimum de plusieurs et, au maximum, de tous les citoyens. Pour les deux raisons principales précitées, les caractères de l'ancien droit vietnamien sont divergents avec ceux du droit romain.

34. Si l'ancien droit civil vietnamien, avant 1858, représentait les caractères du système juridique extrême-oriental, le droit civil vietnamien, après 1858, est un système juridique romaniste en raison de l'influence du droit français dans le contexte de la colonisation¹¹⁶. Après l'occupation française, la plupart des dispositions du droit civil vietnamien découlent des dispositions françaises en raison du caractère prépondérant du droit civil français¹¹⁷. Plus précisément, si l'on consulte le Code civil tonkinois de 1931, l'on s'aperçoit que presque toutes ses dispositions procèdent du Code civil français de 1804¹¹⁸. Cependant, dans le cadre de cette étude, il ne nous est pas permis de dénombrer tous les articles de ce Code découlant du Code civil français en raison de leur trop grand nombre.

En réalité, depuis longtemps, les auteurs français soulignent ce caractère lorsqu'ils traitent l'ancien droit vietnamien. Par exemple, d'après S. FRIESTEDT, l'apport du droit des contrats français au droit des contrats vietnamien est essentiel¹¹⁹. De même, M. DARRAS a également une bonne appréciation de l'élaboration du Code de Tonkin suivant le Code civil français. Il écrit « si les rédacteurs du nouveau Code civil de Tonkin ont produit le Code français, ils l'ont fait d'une manière judicieuse en corrigeant les erreurs qui pouvaient s'y trouver et en y comblant certaines lacunes »¹²⁰.

Le droit civil vietnamien, après l'occupation française, a évolué grâce à l'influence du droit français dans le contexte colonisé. De fait, bon nombre de dispositions du droit civil vietnamien ont émané du droit civil français. Quelques dispositions isolées de la coutume

¹¹⁵ HU YAN MUNG, *Etude philosophique et juridique de la conception de Ming et de Fen dans le Droit*, éd., Paris, 1932, p. 26.

¹¹⁶ Dès l'année 1858 jusqu'en 1954, année durant laquelle le Vietnam a été colonisé par la France.

¹¹⁷ G.-H. CAMERLYNCK, *Cours de droit civil annamite*, éd., Sirey, 1938, p. 168 et s.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ S. FRIESTEDT, *Les sources du Code civil de Tonkin*, thèse, Paris, éd., Domat Montchrestien, 1935, p. 188.

¹²⁰ M. DARRAS, *Le nouveau Code civil de Tonkin 1931*, éd., Domat Montchrestien, p. 136.

vietnamienne ont cependant été légalisées. Elles étaient compatibles avec les activités civiles au Vietnam durant cette époque. De fait, ces dispositions règlent bien des rapports entre les particuliers puisqu'elles se construisent sur la même base d'équité et de bonne foi, la convergence de deux systèmes juridiques vietnamien et français. En réalité, le droit civil vietnamien, pendant cette époque, était le produit d'une concorde entre la tradition juridique vietnamienne et la technique juridique du droit moderne. Malheureusement, toutes ces dispositions ont été supprimées par une résolution de la Cour populaire suprême en 1959.

35. Après l'abrogation du droit civil élaboré par les législateurs français, le Vietnam « s'est délibérément écarté des systèmes occidentaux, tourné vers celui de l'Union des républiques socialistes soviétiques et des pays de l'Est, dont elle a adopté les conceptions politiques, les modes de régulation sur les modèles desquels elle a formé ses cadres »¹²¹. Dans ce système où l'Etat est tout puissant et régit tout, la place du droit est très limitée¹²². On pourrait donc affirmer que les dispositions légales du contrat ont été absentes. C'est pourquoi l'on ne peut donner des caractères du droit civil en général et des caractères du droit des contrats en particulier à cette époque, qui reste la période obscure du droit civil vietnamien.

36. Considérant l'ensemble des études historiques du droit vietnamien, nous nous permettons-nous d'apporter certaines observations. Depuis l'Antiquité jusqu'à l'occupation française, ce dernier présente les caractères du système juridique extrême-oriental, qui diffèrent nettement du droit romain. Puis, après l'occupation française, les caractères du droit civil vietnamien sont ceux du droit civil français. Pendant la période du dirigisme économique, le droit civil vietnamien est totalement détruit. A l'heure actuelle, grâce aux auteurs français, le législateur vietnamien est en train de construire et d'améliorer le droit civil. Le droit vietnamien moderne présente plusieurs caractères semblables au droit français en matière civile et commerciale, puisque l'élaboration du droit vietnamien s'inspire principalement du droit français¹²³.

2. Le triomphe du principe du consensualisme dans l'ancien droit vietnamien

37. Dans les développements précédents, nous avons vu que le principe du consensualisme avait triomphé dans l'ancien droit vietnamien. Cependant, nous n'avons pas

¹²¹ P. BEZARD, Bicentenaire du Code civil : le Vietnam, *in* Le Code civil 1804 – 2004, Livre du bicentenaire, éd., Dalloz-Litec, 2004, p. 653.

¹²² *Ibid.*

¹²³ P. BEZARD, Bicentenaire du Code civil : Le Vietnam, *in* Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, éd., Dalloz et Litec, 2004, p. 651 et s.

encore justifié sa domination dans l'ancien droit vietnamien. Dans cette sous-section, nous allons expliquer les raisons qui donnent naissance au principe du consensualisme dans l'ancien droit vietnamien. Elles sont au nombre de trois : la doctrine du respect¹²⁴, la bonne foi et les rapports des parties contractantes.

38. Selon la doctrine du respect dans la pensée confucianiste, la force obligatoire des engagements conventionnels est l'expression du respect de la fidélité de la parole donnée¹²⁵. Dans l'ancienne société vietnamienne, celui qui ne tient pas sa parole est puni comme s'il avait violé la loi. Ceci s'explique par une des caractéristiques de l'ancien droit vietnamien : la confusion entre le droit et la morale : la violation de la règle morale est sanctionnée par des peines pénales¹²⁶. Ainsi, la fidélité à la parole donnée est d'autant plus indispensable qu'elle porte sur quelque chose que l'on promet de faire. Autrement dit, la parole donnée ne peut pas être violée. A vrai dire, cette doctrine ne donne aucune théorie générale pour le contrat, bien qu'elle ait véritablement contribué à la naissance du principe du consensualisme en droit coutumier puisqu'elle a forgé la force obligatoire des paroles données, les engagements conventionnels des parties, le rejet des formes du contrat, la relation d'interdépendance quant aux intentions exprimées.

39. La notion de bonne foi a également contribué à la naissance du principe du consensualisme dans l'ancien droit vietnamien. La notion de bonne foi remonte à l'Antiquité, et découle des convergences de la pensée confucianiste, bouddhiste et taoïste¹²⁷. La bonne foi au Vietnam s'exprime en termes de loyauté, d'honnêteté et de confiance. Au-delà, la bonne foi est, en réalité, une notion morale. Il s'ensuit que, celui qui ne l'observe pas sera sanctionné par des peines pénales très sévères. La bonne foi commande à tous les individus de tenir leur parole. Autrement dit, le lien d'une obligation contractuelle est établi dès l'échange de consentement réciproque des contractants. Pour cette raison, la notion de bonne foi est

¹²⁴ La doctrine du respect est une partie de la pensée confucianiste (551-479 avant J. C.).

¹²⁵ TRAN Van Chuong, Essai sur l'esprit du droit sino - annamite, éd, LGDJ, 1922, p. 139 et s.

¹²⁶ V. *supra*, n° 31.

¹²⁷ Les pensées, confucianiste, bouddhiste et taoïste créées durant la période de (551 à 470 A.-C). J.C. « elles se présentent avec un point commun : l'humanité, justice, droiture, bonne foi », E. LANGLET, Le peuple annamite, ses mœurs, croyances et traditions, éd., Berger-Levrault, Paris, 1913, p 10 et s. Pour cette raison, on peut dire que la bonne foi s'apparente aux pensées. Dans l'ancienne société vietnamienne, le Confucianisme, le Bouddhisme, et le Taoïsme constituaient de la philosophie plus d'une religion.

également un élément ayant contribué à faire naître le principe du consensualisme dans l'ancien droit vietnamien¹²⁸.

40. En troisième et dernier lieu, la simplicité des activités commerciales, des relations proches entre les parties ont aussi contribué à la naissance du principe du consensualisme. En effet, les relations commerciales sont très simples dans un pays presque exclusivement agricole, elles ont lieu dans de petites communes où tout le monde se connaît. Dans un tel contexte, un simple accord entre les parties contractantes par voie verbale peut faire naître un contrat fondé sur une confiance mutuelle. Cela signifie que la condition de forme n'est pas nécessaire pour la validité du contrat dans l'ancien droit vietnamien. Ces raisons conjuguées ont permis le triomphe du principe du consensualisme dans le droit vietnamien.

41. Evidemment, pendant la période colonisée par la France, le principe du consensualisme domine également dans le système juridique vietnamien en raison de l'influence du droit français. Plus précisément, la définition du contrat et les conditions de la validité du contrat du droit civil vietnamien découlent de celles du droit français. En effet, l'article 644 du Code civil de Tonkin indique que le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Cette définition découle de l'article 1101 du Code civil français. De même, l'article 651 du Code civil de Tonkin de 1931 résultant de l'article 1108 du Code civil français, dispose que la forme n'est pas une condition de validité du contrat sauf exception. Cet article précise les conditions de la validité de la convention : « le consentement de la partie qui s'oblige, un objet certain qui forme la manière de l'engagement, une cause vraie et licite ». Le principe du consensualisme triomphe dans le droit civil vietnamien à cette époque comme en droit français.

42. En bref, avant l'occupation française en 1858, le consensualisme procède de la doctrine du respect, de la bonne foi et de la simplicité des activités commerciales dans un pays presque purement agricole. Puis, pendant la période colonisée par la France, il triomphe également. Le principe du consensualisme est en ligne de mire, montrant ainsi une des plus belles constructions de l'esprit vietnamien.

3. Le formalisme, exception au consensualisme dans l'ancien droit vietnamien

¹²⁸ P. J. SILVESTRE, *op. cit.*, p 319.

43. Cependant, le principe du consensualisme n'est pas absolu ; une place est concédée au formalisme. Presque tous les contrats se concluent par le seul échange des consentements des parties sous une forme quelconque. Toutefois, il en existe certains dont la validité dépend de l'accomplissement d'une forme déterminée, soit un acte authentique, soit une formalité de publicité.

44. Si nous remontons à l'ancien droit civil vietnamien, nous trouvons seulement deux contrats formalistes, pour lesquels le droit érige le respect d'une certaine forme en condition de validité du contrat. Le premier est le contrat de mutation foncière¹²⁹.

La connaissance des dispositions légales du droit des contrats est très sommaire, faute de documents juridiques d'archives. Les plus anciennes que nous pouvons connaître sont l'article 365 du Code des dynasties des LE de 1483. Cet article dispose que ceux n'ayant pas recours aux fonctionnaires ou au chef de leur village pour la rédaction et la certification de la mutation foncière, seront punis de 80 coups de bâton et d'une amende proportionnelle à la gravité des faits¹³⁰. Ensuite, ces dispositions sont reprises à l'article 30 du Code de la procédure de TRINH de 1777, qui exige également que les transmissions des fonciers soient conclues devant les notables du village¹³¹. Un siècle plus tard, un édit des dynasties de TU DUC (1861) impose aux parties au contrat de vente immobilière la forme authentique dans le village où se trouve l'objet du contrat¹³².

Toutes ces dispositions présentent donc le point commun d'être accompagnées d'une peine pénale très sévère pour assurer leur observation. Par conséquent, le respect de la forme de la mutation foncière est nécessaire pour les parties contractantes. Les actes établis contrairement à cette règle sont considérés comme nuls¹³³.

Le second contrat formaliste est le nantissement des personnes. Comme la mutation foncière, la forme authentique est aussi une des conditions de sa validité. En effet, selon l'article 363 du Code des dynasties de LE de 1483, le nantissement des personnes doit être

¹²⁹ G. DÜRRWELL, *Doctrines et jurisprudence en matière civile indigène*, éd., Saigon, 1900, p.12.

¹³⁰ Article 365 du Code des dynasties de LE 1483.

¹³¹ Le Code de procédure des dynasties de TRINH promulgué en 1777, cité par R. GUEYFFIER, *Du Dia Bo de MINH MANG au livre foncier de Cochinchine*, in *Recueil Législation, Doctrine et jurisprudence*, 1928, t. 32., p 3.

¹³² Cité par Bienvenue, *Régime de la propriété en Annam*, thèse, Rennes, 1911, p. 81 ; V. également F.-G. LEPAGE, *Le contrat de vente en droit annamite*, éd., Domat - Montchrestien, 1937, p. 111.

¹³³ Précité par Fr.G. LEPAGE, *op.cit.*, p. 111 ; voir également DANG Trinh Ky, *Le nantissement des personnes dans l'ancien droit annamite*, éd., Domat Montchrestien, 1933, p 61.

passé devant les notables du village¹³⁴. La forme authentique est une condition de validité de ce contrat.

Ainsi, l'exigence de l'accomplissement de la forme authentique pour les deux contrats précités est un devoir pour les parties contractantes, ainsi qu'une condition du contrat. On observe que ces contrats sont traités par l'ancien législateur vietnamien. Cela s'explique d'abord par l'importance de leur objet. En effet, la terre est un instrument unique de production agricole. Pour cette raison, l'ancien législateur vietnamien souhaite que les opérations juridiques portant sur elle se passent dans la sécurité grâce à la forme authentique. Cette règle a également pour but de favoriser la perception de l'impôt de l'Etat, ressource principale de l'Etat féodal. En ce qui concerne le nantissement des personnes, il doit également être passé devant des notables, car c'est un contrat très important qui concerne directement le sort d'une personne dans l'ancien Vietnam. Par conséquent, l'ancien législateur impose une forme authentique aux parties contractantes. Force est donc de constater que l'exigence d'accomplissement d'une forme authentique pour ces deux contrats est totalement raisonnable.

45. Après l'intervention française en 1858, le législateur estime qu'il est convenable de respecter la coutume et les règles juridiques de l'ancien droit vietnamien, en vue de mieux régler les activités civiles. Selon son interprétation, celles-ci sont conformes à l'idée morale vietnamienne¹³⁵. Un certain nombre de coutumes vietnamiennes ont immédiatement été légalisées et incorporées dans le droit moderne. Ainsi en est-il du contrat de vente d'immeuble qui doit, à peine de nullité, être passé par la forme notariée ou certifiée¹³⁶. En d'autres termes, la vente des immeubles est un contrat solennel selon le droit vietnamien tandis qu'elle est consensuelle d'après le droit privé français.

A côté des contrats solennels d'origine coutumière vietnamienne, se trouvent des contrats solennels découlant du droit français comme la constitution d'hypothèque conventionnelle¹³⁷. A cet égard, l'article 1360 du Code de Tonkin de 1931 répète textuellement l'article 2127 du Code civil français : « L'hypothèque conventionnelle ne peut

¹³⁴ « Le nantissement des personnes est un contrat de louage de services, accessoire à un contrat de prêt et destiné à garantir et aussi à amortir la dette », DANG Trinh Ky, Nantissement des personnes dans l'ancien droit annamite, éd., Domat –Montchrestien, 1933, p. 55.

¹³⁵ G. H. CAMERLYMCK, Cours de droit civil annamite, éd., Sirey, 1938, p 175.

¹³⁶ L'article 188 du décret de 1925 l'établit pour la Cochinchine ; l'article 883 du Code civil de Tonkin.

¹³⁷ L'article 190 du décret 1925, l'article 1360 du Code de Tonkin en 1931.

être consentie que par acte notarié ». Or, le législateur n'a pas imité tous les contrats solennels dans le Code civil français. Il prend toujours en compte la coutume locale. Tel est le cas du contrat de mariage et de la donation. L'exigence d'une rédaction en la forme authentique du Code civil français de 1804 s'applique au contrat de mariage et à la donation. Néanmoins, en droit vietnamien, cette dernière n'est pas un contrat solennel, mais consensuel sauf donation d'un immeuble. Quant au contrat de mariage, le législateur ne pose aucune règle, il est réglé par des rites coutumiers. Autrement dit, le contrat de mariage n'est pas un contrat solennel en droit vietnamien ; cela demeure encore aujourd'hui.

Ensuite, outre l'acte authentique, il existe une formalité que les parties contractantes doivent parfois accomplir : la formalité de la publicité. Elle est aussi exigée pour la mutation foncière. Nous savons que vers l'année 1805, sous les dynasties MINH MANG, un cahier du registre des terres avait été créé en vue de favoriser la perception des impôts, pilier essentiel du système fiscal dans l'ancien pays vietnamien. Ces dispositions prescrivent que la mutation foncière doit être adressée à l'autorité administrative locale pour être inscrite sur le cahier foncier¹³⁸. Certes, cette inscription est un devoir pour le futur propriétaire ainsi que la certification de la propriété foncière. Puisque, dans l'ancien droit vietnamien, toute terre appartient au Souverain, à l'Empereur, l'occupation n'a aucune valeur, en dehors de l'investiture de l'autorité impériale ; bien plus, elle est un délit¹³⁹. On ne peut devenir propriétaire que par une concession du souverain. Pour cette raison, tout propriétaire foncier est tenu de faire une inscription sur le cahier foncier. Cette inscription est une véritable formalité de publicité parce que toutes les informations relatives aux terres y sont minutieusement décrites. En effet, les tiers peuvent se renseigner facilement sur le titulaire du droit de propriété.

Après la période colonisée par la France, cette formule a été reprise par le législateur français au Vietnam. Tout d'abord, une décision du 20 mai 1871 du Gouvernement français au Vietnam dispose, dans chaque village, un cahier de description des champs analogue au cahier foncier sous les dynasties MINH MANG¹⁴⁰. Ensuite, l'article 505 du Code civil de Tonkin de 1931 dispose que « l'inscription au registre foncier, partout où il existe, est nécessaire pour l'acquisition de la propriété foncière ». De même, la jurisprudence rend

¹³⁸ R. GUEYFFIER, *Le livre foncier de Cochinchine*, in *Recueil législation, doctrine jurisprudence*, 1928, tome, 32, p. 6. et s.

¹³⁹ Articles 87 et 90 du Code annamite, PHILASTRE, éd., Ernest Leroux, 1909, I, p. 439 et p. 474.

¹⁴⁰ R. GUEYFFIER. *art. cit.*, p. 1 et s. ; D. PENANT, *La question foncière en annam-tonkin*, *Recueil Penant*, 1908, p. 33 et s.

plusieurs arrêts pour confirmer ou réfuter un droit sur immeuble en considération des décisions précitées. Autrement dit, l'inscription sur le cahier foncier constitue une présomption de propriété en faveur de l'inscrit, condition de la validité du contrat¹⁴¹. Pour cette raison, ces arrêts sont vivement critiqués par la doctrine, puisque cette inscription est une formalité purement fiscale, ne portant pas atteinte au fond du contrat¹⁴². Malheureusement, le législateur français garde l'ancienne disposition afin de favoriser la perception des impôts, bien qu'il connaisse la nature de cette formalité.

46. Depuis quelques années, le Vietnam construit les dispositions du droit privé en général et celles du droit des contrats en particulier. Sous l'influence des systèmes juridiques étrangers, notamment du droit français, à travers les travaux des experts français, le formalisme du contrat existe parallèlement au consensualisme qui demeure un principe fondamental du droit privé. C'est un impératif de sécurité juridique qui est invoqué pour justifier son maintien. Il est difficile d'analyser son évolution pendant cette période puisque sa durée est très courte.

47. Aux termes de l'étude historique du formalisme du contrat en droits français et vietnamien, nous constatons que le formalisme du contrat est marqué par différents points. D'abord, en droit français, l'histoire du formalisme du contrat est marquée par une oscillation. A la différence du droit français, le droit vietnamien a toujours vu le formalisme comme une exception au principe du consensualisme. C'est le fruit de l'influence de la doctrine du respect selon les pensées confucianistes, bouddhiste et taoïste. La deuxième divergence est que, dans l'ancien droit vietnamien, le formalisme est autant un devoir pour les parties contractantes, qu'une condition de la validité du contrat. En revanche, dans le droit romain, le formalisme n'est qu'une condition de validité du contrat. Enfin, pendant la période colonisée par la France, on peut constater, d'une façon générale, que le contrat formaliste s'adapte aux activités civiles, étant un produit concordant entre la coutume vietnamienne et le droit privé français. Malheureusement, toutes ces dispositions élaborées par le législateur français au Vietnam ont été abrogées par une résolution de la Cour populaire suprême en 1959¹⁴³. Depuis

¹⁴¹ Cass. civ. 1^{er}, 19 janvier 1888, *in* Journal judiciaire 1891, p. 216 ; Cass. civ. 1^{er}, 9 octobre 1890, Journal judiciaire 1892, p. 207 ; Cass., 1^{er}, 16 juillet 1890, Recueil général de législation, Doctrine et Jurisprudence coloniales, publié sous la direction de PENANT, p. 249 ; cass. 1^{er}, 28 janvier 1916, Recueil de législation et Jurisprudence coloniales, publié sous la direction de P. DARESTE, 1917, III, p. 205.

¹⁴² F.-G. LEPAGE, *op. cit.*, p. 173.

¹⁴³ Décision n° 772 /CT-TATC du 10 juillet 1959 de la Cour suprême populaire.

1959 jusqu'à la naissance du Code civil vietnamien en 1995, le droit des contrats vietnamiens en général et les règles concernant le contrat en particulier sont considérés comme étant absents. C'est véritablement une période obscure pour le droit civil vietnamien.

A vrai dire, l'étude de l'histoire du formalisme du contrat en droit comparé nous permet de déceler non seulement les divergences des contrats formalistes mais encore les caractéristiques de chaque système juridique. Elle constitue une importante contribution pour mieux comprendre le formalisme du droit contemporain que nous allons à présent examiner.

Partie 1. Le formalisme accentué

48. On parle de formalisme accentué lorsqu'une forme est imposée pour la validité du contrat, à peine de nullité ou d'inexistence. Cette forme constitue en effet une condition supplémentaire de formation du contrat, venant s'ajouter aux conditions de fond¹⁴⁴. Par défaut, l'accord de volontés des parties ne peut faire naître des obligations contractuelles ; cette opération juridique est atteinte de nullité, sinon d'inexistence¹⁴⁵. Ce groupe comprend deux types de contrat : les contrats solennels et les contrats réels.

Dans le premier cas, nous décelons les caractéristiques des contrats solennels et leur régime juridique. Nous verrons alors les points différents et similaires à propos de ce thème en droits français et vietnamien (Chapitre 1).

Dans le second cas, ce sont les caractéristiques des contrats réels que l'on va examiner. Dans ce cas, nous ferons non seulement une comparaison en droit français et vietnamien sur la catégorie des contrats réels, mais révélerons aussi une nouvelle conception de cette catégorie des contrats au regard du droit moderne (Chapitre 2).

¹⁴⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, 14^e, éd., Sirey, 2010, n° 303 ; Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 508 ; J. CARBONNIER, Droit civil, Les biens, Les obligations, 1^e « Quadriges », éd., PUF, 2004, n° 1004 ; D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD, Droit des obligations, Collection dirigée par M.-L. RASSAT et G. ROUJOU de BOUBÉE, éd., Ellipses, 2008, n° 47.

¹⁴⁵ *Ibid.*

Chapitre 1. Les contrats solennels

49. Pour commencer, il convient de noter que le droit positif français ne donne aucune définition légale du contrat solennel¹⁴⁶. Pour remplir cette lacune, la doctrine française a donné au terme de « contrat solennel » la définition suivante : « un contrat est solennel dès l’instant que l’expression du consentement doit être, à peine de nullité, et sans équivalent possible, extériorisée selon la forme impérativement déterminée par la loi »¹⁴⁷. A la différence du droit français, le droit vietnamien consacre une disposition à ce type de contrat. Il s’agit de l’article 134 du Code civil, selon lequel « lorsque la loi subordonne la validité d’un acte de la vie civile à l’accomplissement d’une condition de forme et que les parties n’observent pas cette condition... l’acte de la vie civile est réputé nul »¹⁴⁸.

La sanction de l’inobservation de la forme solennelle est la même en droits français et vietnamien ; il semble ne guère exister de caractères divergents entre le droit français et le droit vietnamien : chacun dispose que la forme solennelle est une condition de validité du contrat, sanctionnée par la nullité. Pourtant, le contrat solennel du droit français présente plusieurs caractères opposés à ceux du droit vietnamien. Il peut être intéressant de recenser ces différences.

50. Pour y parvenir, il convient, tout d’abord, de préciser la nature du contrat solennel ; cela revient à déterminer ce qu’est la forme solennelle, qui distingue le contrat solennel du contrat consensuel.

L’étude de la forme solennelle sera envisagée en deux sections. Dans la première section, nous préciserons la nature du contrat solennel à travers l’étude de sa forme (Section 1). Dans la deuxième, on examinera le régime juridique du contrat solennel (Section 2).

¹⁴⁶ Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, Droit des obligations, 11^e, éd., Litec, 2010, n° 66.

¹⁴⁷ J. GHESTIN, Traité de droit civil, La formation du contrat, 3^e, éd., L.G.D.J., 1993, n° 431. Voir aussi Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, 10^e, éd., Dalloz, 2009, n° 137. Selon le Vocabulaire juridique, le contrat solennel est ainsi défini : « formaliste ; plus précisément, dont la formation est subordonnée, à peine de nullité absolue, à l’accomplissement de formalités déterminées par la loi ; se dit par opposition à consensuel de certains actes juridiques, contrats, conventions », G. CORNU, Vocabulaire juridique, 8^e, éd., PUF, 2008, V. « Solennel ».

¹⁴⁸ Article 134 du Code civil vietnamien.

Section I. La notion de forme solennelle

51. Comme on le sait, la plupart des contrats se forment par le seul échange des consentements des parties exprimés en une forme quelconque. Néanmoins, pour certains, la volonté des parties ne produit d'effets juridiques que si elle s'est manifestée selon une forme impérativement prédéterminée par la loi¹⁴⁹. Cette forme est appelée « la forme solennelle ».

Ainsi, deux aspects principaux doivent être décelés. En premier lieu, il s'agit de déterminer les rapports entre la forme solennelle et le consentement (§1). Dans ce premier paragraphe, nous révélerons plusieurs éléments qui séparent le droit français du droit vietnamien. Ainsi, et par exemple, la forme solennelle en droit français est une forme impérativement déterminée pour extérioriser le consentement des parties, alors qu'en droit vietnamien, elle est envisagée comme une seule condition supplémentaire s'ajoutant aux conditions de fond. En second lieu, il importera de préciser ce qu'est le caractère impératif de la forme solennelle en droits français et vietnamien (§2). De ce point de vue, nous étudierons l'impérativité de la forme solennelle en droit comparé.

¹⁴⁹ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, 29 ; L. AYNES, Le formalisme et prévention, *in* Le droit du crédit au consommateur, Ouvrage collectif sous la direction et avec une préface de I. FADLALLAH, éd., Litec, 1982, n° 11 et s.

§ 1. Les rapports entre la forme solennelle et le consentement

52. L'opinion du juriste français, lorsqu'il examine le mode d'extériorisation du consentement est la suivante : « pour que la volonté produise des effets de droit, il ne suffit pas d'un acte de volition interne alors même que cette volonté aurait pour but immédiat un résultat juridique à atteindre. Il faut que cette volonté se soit traduite par une manifestation extérieure »¹⁵⁰, puisque la volonté n'est engagée que lorsqu'elle est extériorisée. En effet, comme le recours à une forme est indispensable à l'expression du consentement, « le consensualisme doit être bien plus exactement défini comme la liberté de la forme plutôt que comme l'absence de forme »¹⁵¹. Dans ce cas, le contrat se forme dès l'extériorisation réciproque du consentement, et est parfaitement valable, indépendamment de toutes les règles de preuve¹⁵².

On vient d'observer le mode d'échange des consentements dans le contrat consensuel tant en droit français qu'en droit vietnamien. *Quid* à l'égard du contrat solennel ? Comment la volonté est-elle extériorisée dans la forme solennelle en droit français et en droit vietnamien lorsqu'elle constitue une condition supplémentaire de formation ?

53. Afin de répondre à ces questions, nous envisagerons deux points : le fondement de la forme solennelle (A) et les formalités étrangères à l'extériorisation du consentement (B).

¹⁵⁰ R. SALEILLES, De la déclaration de volonté, éd., Paris, 1909, p. 1. V. aussi A. RIEG, Les rapports sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français, in Les modes non formels d'expression de la volonté, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XX, 1968, n° 3, p. 42 ; M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 30 ; F. LIMBACH, Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, de l'utilité du concept de déclaration de volonté, éd., LGDJ, 2004, n° 96 et s..

¹⁵¹ B. NUYTTEN et L. LESAGE, Regards sur les notions de consensualisme et de formalisme, Defrénois, 1998, p. 500.

¹⁵² DINH Trung Tung, Commentaires du Code civil, édition judiciaire, 2005, p. 178. V. aussi, S. BECQUE-ICKOWICZ, La parallélisme des formes en droit privé, éd., Panthéon Assas, 2004, n° 61.

A. Le fondement de la forme solennelle

54. Nul ne peut nier que la liste des contrats solennels en droit français ne cesse de s'allonger depuis quelques décennies, notamment en droit de la consommation. Comment interpréter ce phénomène ? Qu'est-ce qui conduit le législateur français à en allonger la liste ? Quant au droit vietnamien, évolue-t-il comme le droit français ?

Pour traiter ces questions, il nous faut examiner le fondement de la forme solennelle qui se divise en deux aspects : le premier est l'étude sur les rapports entre la forme solennelle et le consentement (1) ; le second, les finalités de la forme solennelle (2).

1. La forme solennelle requise pour l'extériorisation du consentement

55. Introduire cette étude des rapports entre la forme solennelle et le consentement, suppose brièvement rappelés les rapports entre la forme et le consentement dans le contrat consensuel. Comme on le sait, le consentement, dans le contrat consensuel, peut être extériorisé de n'importe quelle manière, dès lors qu'il est sérieux et certain. Pourtant, il présente « l'inconvénient de permettre des consentements irréfléchis, donnés à la légère ou même inexistantes. De plus, il ne donne pas aux tiers une assurance sur l'acte ou son contenu » ; il « peut mettre l'une des parties à la merci de l'autre, qui nierait son engagement »¹⁵³.

Afin de remédier à ces inconvénients, la loi exige l'accomplissement d'une forme obligatoire pour certains contrats. Pour eux, « la volonté manifestée selon une forme quelconque ne suffit pas à établir un lien contractuel. La forme selon laquelle la volonté doit être manifestée, pour être prise en considération par le droit, est déterminée impérativement par la loi »¹⁵⁴. Plus précisément, le Code civil français impose l'extériorisation des volontés à la forme authentique pour certains contrats importants tels que le contrat de donation¹⁵⁵, le

¹⁵³ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 535 ; A. BENABENT, *op. cit.*, n° 101 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 375 et s.

¹⁵⁴ M.-A. GUERRIERO, L'acte juridique solennel, éd., LGDJ, 1975, p. 31. Voir aussi Fr. GENY, Science et technique en droit privé positif, t. 3, éd., Sirey 1921, n° 203 ; J. FLOUR, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, in mélanges G. RIPERT, éd., LGDJ, 1950, p. n° 4 ; Y. FLOUR, A. GHOZI, Les conventions sur la forme, Defrénois, 15 août 2000, p. 911, n° 10 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 431.

¹⁵⁵ Article 931 du Code civil français.

contrat de mariage¹⁵⁶, le contrat de constitution d'hypothèque, la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur¹⁵⁷, etc..

Qu'il s'agisse « d'une forme libre ou d'une forme solennelle, la forme apparaît, tout d'abord, devoir être identique : mode d'extériorisation du consentement, la différence tenant à ce qu'elle est libre »¹⁵⁸ dans le contrat consensuel alors qu'elle est imposée dans le contrat solennel¹⁵⁹.

56. A la différence du droit français, même si la forme solennelle en droit vietnamien constitue une condition supplémentaire de formation du contrat, il nous est difficile d'admettre qu'elle n'est imposée que pour l'extériorisation des consentements des parties contractantes. Cela s'explique par le fait qu'il existe un certain nombre de formes solennelles en droit vietnamien, n'ayant pas pour objet l'expression du consentement¹⁶⁰.

En effet, en droit vietnamien, « lorsque la loi subordonne la validité d'un acte de la vie civile à l'accomplissement d'une condition de forme, et que les parties n'observent pas cette condition, le tribunal, à la demande de l'une ou toutes les parties, fixe un délai dans lequel les parties doivent accomplir la condition prescrite. Si, à l'expiration de ce délai, les parties ne s'y sont pas conformées, l'acte de la vie civile est réputé nul »¹⁶¹. Face à une telle règle, il serait erroné de remarquer que la forme solennelle, condition de validité du contrat, est exclusivement imposée pour l'extériorisation du consentement. En effet, si c'est une forme imposée pour l'extériorisation du consentement, par défaut la manifestation des volontés doit être sanctionnée par la nullité de l'acte juridique dès lors que celle-ci a été violée. Or, l'article 134 du Code civil vietnamien de 2005 énonce expressément que l'acte juridique n'est nul que si la condition de forme n'est pas accomplie dans un délai précis¹⁶². Dans ce cas, le législateur

¹⁵⁶ Article 1394 du Code civil français.

¹⁵⁷ Article 1250-2 du Code civil français.

¹⁵⁸ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 32.

¹⁵⁹ J. FLOUR, *art. cit.*, n° 4 ; G. COUTURIER, Les finalités et les sanctions du formalisme, Defrénois, 15 août 2000, n° 15-16, p. 880 ; D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD, Droit des obligations, Cours magistral, Collection dirigée par M.-L. RASSAT et G. ROUJOU de BAOUBEE, éd., Elipses, 2008, n° 168.

¹⁶⁰ V. *supra*, n° 56.

¹⁶¹ Art. 134 du Code civil vietnamien. V. aussi, arrêt n° 198/GDT-DS, 1^o Civ., la Cour populaire suprême, 12 novembre 2003.

¹⁶² Aux termes de l'article 124, alinéa 2 du Code civil vietnamien, « quand la loi dispose qu'un acte de la vie civile doit être établi par écrit, authenticité, enregistré ou autorisé, le respect de ces formalités est obligatoire ».

vietnamien permet aux parties de régulariser le défaut de forme légale en vue de rendre valable l'acte juridique.

Plus précisément, citons, à titre d'exemple, l'article 443 du Code civil vietnamien qui dispose que « toute vente de locaux à usage d'habitation doit être établie sous la forme d'un acte authentique ». La première Chambre civile de la Cour populaire suprême a pu considérer que « le contrat de vente de locaux à usage d'habitation passé entre les époux A et monsieur B, le 26 février 2001 manque à la condition de forme prévue par l'article 443 du Code civil vietnamien ; de cette sorte, le contrat ne prend pas ses effets juridiques »¹⁶³. De fait, certains arrêts rendus par la Cour d'instance et de grande instance se sont prononcés en faveur de la nullité du contrat sans demander aux parties d'accomplir la condition de forme. Ces arrêts ont été censurés par la première Chambre de la Cour populaire suprême. D'après son interprétation, il faut, tout d'abord, demander aux parties de compléter la condition de forme dans un délai d'un mois¹⁶⁴. A l'expiration de ce délai, si celle-ci n'est pas faite par les parties, le contrat sera sanctionné par la nullité. Cette solution se justifie pour deux raisons principales. D'une part, le droit vietnamien veut diminuer les cas où la nullité est prononcée au motif de l'absence de forme légale. D'autre part, il veut informer les contractants sur le fait que la loi leur demande de le passer en forme légale.

La différence la plus nette entre le droit français et le droit vietnamien réside dans la notion de forme solennelle. En droit vietnamien, elle consiste non seulement dans l'acte authentique, l'acte sous seing privé, mais encore dans l'enregistrement (forme de publicité) et l'autorisation¹⁶⁵. Il est évident que les deux dernières formalités ne peuvent être considérées comme des formes imposées pour l'extériorisation des consentements, mais plutôt comme des formalités administratives.

Selon ce qui précède, on peut conclure que les rapports entre la forme solennelle et le consentement du droit français se distinguent nettement de ceux du droit vietnamien. La forme solennelle est imposée pour l'extériorisation des consentements en droit français tandis

¹⁶³ Décision n° 152/ 2006/ DS-GDT, de la Chambre civile de la Cour populaire suprême, le 18 juillet 2006.

¹⁶⁴ *Ibid.* Voir également la décision n° 01/2003/NQ-HDTP en date du 16 avril 2003, définissant quelques dispositions légales dans les résolutions des litiges civils et familiaux du conseil des magistrats de la Cour suprême populaire, titre I.

¹⁶⁵ L'article 124, alinéa 2, du Code civil vietnamien dispose : « Quand la loi dispose qu'un acte de la vie civile doit être établi par écrit, authentique, enregistré ou autorisé, le respect de ces formalités légales est obligatoire ».

que ce lien est incertain en droit vietnamien. En conséquence, il faut constater que la forme solennelle en droit vietnamien est envisagée comme une condition de validité plutôt que comme une forme requise pour l'extériorisation du consentement.

57. Par ailleurs, soulignons que la forme solennelle est imposée par la loi qui doit être respectée. « Mais l'exigence des formes solennelles n'exclut pas nécessairement qu'une part de liberté puisse être laissée aux sujets de droit dans la conclusion des contrats solennels »¹⁶⁶. En réalité, « la volonté s'exprime en toute liberté, ...elle conserve donc toujours le choix du moyen par lequel elle s'affirme »¹⁶⁷.

Tout d'abord, on peut citer, à titre d'exemple, l'article 931 du Code civil français. En vertu de cet article, « tous les actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires, dans la forme écrite ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité ». Cet article exige que le contrat de donation entre vifs soit passé devant notaire, lequel recueille le consentement des parties. Mais la loi française ne règlemente pas la manière selon laquelle celui-ci doit être exprimé par les parties devant notaire. Ainsi, la jurisprudence française admet qu'un sourd-muet illettré peut conclure une donation, bien qu'il ne puisse ni parler ni écrire manifestant par des signes et des gestes intelligibles pour tout le monde une volonté sans équivoque¹⁶⁸. De plus, l'article 931 du Code civil français n'interdit pas la signature distincte par les parties, c'est-à-dire le donateur et le donataire, à des dates différentes¹⁶⁹. La seule condition est que le notaire soit présent à chaque signature pour former le contrat. Cette solution a été admise par la jurisprudence française depuis très longtemps¹⁷⁰. On conclut que les parties peuvent choisir le mode d'extériorisation des volontés, même si la forme requise pour la validité du contrat est la forme solennelle.

¹⁶⁶ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 35.

¹⁶⁷ M.- A. RIEG, Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français, *in* Les modes non formels d'expression de la jurisprudence générale de la volonté, éd., Dalloz, 1972, p. 41, n° 2.

¹⁶⁸ Req. 30 janvier 1844. S. 1844. I. 102, D. Jus. Gén. V Disp. Entre vifs, n° 231 ; Req. 17 décembre 1878, D. P. 1879. I. 409, S. 1879. I. 209, note J. ORTILIEB, le donateur s'est exprimé par le biais de signes et de gestes devant le notaire et il a appelé, capables de comprendre les signes et de les traduire.

¹⁶⁹ Ce sujet Jean-Louis BRIDOUX, La pluralité des dates de signature de l'acte notarié. Mémoire DSN, Lille II, 1982.

¹⁷⁰ CA Caen. 25 janv. 1845 : J. Not. 1846, art. 12630.

Le cas de l'hypothèque conventionnelle est plus clair¹⁷¹. Si cette dernière « ne peut être consentie que par un acte passé en forme authentique », la jurisprudence française juge que la promesse d'hypothèque peut être valablement conclue sous une quelconque forme¹⁷². De plus, elle admet la validité d'une hypothèque constituée par acte sous seing privé, à la condition de celui-ci ait été régulièrement déposé au rang des minutes d'un notaire¹⁷³. De ce fait, nous confirmons qu'il existe une part de liberté d'extériorisation des volontés des parties dans la constitution d'hypothèque.

Surtout, la loi donne souvent aux parties un choix entre plusieurs formes limitativement déterminées pour l'extériorisation du consentement. Tel est le cas lorsqu'elle dispose que le contrat doit être passé par écrit, les parties pouvant le conclure soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé. Les parties ne sont pas totalement libres de choisir le mode d'extériorisation du consentement. Cela peut être illustré par une série d'exemples en droit français : forme solennelle des contrats de convention collective de travail¹⁷⁴, d'engagement maritime¹⁷⁵, etc...

58. A vrai dire, la forme solennelle en droit français est la forme impérativement prédéterminée pour l'échange du consentement des parties. Néanmoins, il existe une part de choix dans le mode d'extériorisation du consentement des parties dans cette forme légale. En droit vietnamien, la forme solennelle n'est pas véritablement une forme exclusivement imposée pour l'extériorisation du consentement et qui n'est considérée que comme la seule condition supplémentaire de formation du contrat. Par conséquent, le champ d'extériorisation du consentement des parties du droit vietnamien est plus large que celui du droit français.

On vient d'envisager les rapports entre la forme solennelle et le consentement en droit comparé. Par ailleurs, il nous faut expliquer pourquoi le législateur soumet certains contrats à l'accomplissement de cette forme, c'est-à-dire, démontrer les finalités de la forme solennelle.

¹⁷¹ Aux termes de l'article 2147 du Code civil français, « l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie par acte notarié ».

¹⁷² Req. 3 novembre 1903, DP, 1906, 1. p. 529.

¹⁷³ Cass. req., 5 novembre 1860 : S. 1861, 1, p. 858. – Cass. civ., 11 janvier 1893 : DP 1895, 1, p. 179 ; S. 1894, 1, p. 12. – Cass. 3^e civ., 7 avril 1993 : Juris-Data n° 1993-000638 ; Bull. civ. 1993, III, n° 55 ; Defrénois 1993, art. 35617, n° 104, obs. L. AYNES ; RD imm. 1993, p. 402, note Ph. DELEBECQUE et Ph. SIMLER ; JCP G 1993, I, n° 3717, obs. Ph. SIMLER.

¹⁷⁴ Article 132.2 du Code du travail.

¹⁷⁵ Article 4 de la loi 13 décembre 1926.

2. Les finalités de la forme solennelle

59. Selon la plupart des auteurs¹⁷⁶, les raisons qui conduisent le législateur à soumettre certains contrats à la forme solennelle sont diverses¹⁷⁷. Tantôt elle assure la protection des intérêts privés (a), tantôt elle réalise la satisfaction des intérêts publics (b). « Il arrive, d'ailleurs, fréquemment que ces deux raisons se recoupent »¹⁷⁸.

a. La protection des intérêts privés

60. Tout d'abord, la forme solennelle a pour finalité de protéger les contractants¹⁷⁹. Elle est envisagée comme un instrument légal destiné à renforcer le consentement en attirant leur attention sur la gravité de certains contrats ayant une importance considérable¹⁸⁰. Cela s'explique par le fait que l'exigence d'une forme solennelle soit couvre l'acte en son entier, soit impose des mentions obligatoirement insérées dans le contrat en vue d'éclairer son contenu.

61. En effet, lorsque la forme solennelle est un acte sous seing privé, un engagement écrit s'avère plus précis qu'un « engagement oral qui risque d'être pris à la légère ou d'être frauduleusement capté »¹⁸¹. L'exigence d'un acte sous seing privé permet, de fait, une rationalisation du vouloir. « Toute la force du rite d'écriture est d'agir sur la délibération du contractant, il invite à la vigilance. Or, à bien y réfléchir, il apparaît que ce sont les modalités concrètes du rite formel qui lui permettent d'assurer cette fonction première de prévention »¹⁸². Cette justification est plus nette encore lorsque la loi exige des mentions insérées dans le contrat en vue de donner des informations complètes¹⁸³. Au regard du droit

¹⁷⁶ V. par exemple, M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 38 et s. ; J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 375 et s.

¹⁷⁷ S.-B. ICKWICZ, *op. cit.*, n° 63 ; G. COUTURIER, *art. cit.*, p. 880.

¹⁷⁸ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 40.

¹⁷⁹ J. HAUSER, Le pacte civil de solidarité est-il un contrat consensuel ou un contrat solennel, *Defrénois*, 30 mai 2001, n° 10, p. 673.

¹⁸⁰ J. FLOUR, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, *in* Le droit privé au milieu du XX^e siècle, Etudes offertes à G. RIPERT, t. 1, LGDJ, 1950, p. 93 ; X. LAGARDE, Observations critiques sur la renaissance du formalisme, *JCP éd. G.* 1999.I.170 ; F. LUCET, *art. cit.*, p. 46 ; G. CORNU, Le fond et la forme dans le droit de la famille, *Revue Annales de droit de Louvain*, t. XLIX, 1/1989, p. 261.

¹⁸¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, 14^e, éd., Sirey, 2010, n° 310.

¹⁸² I. DAURIAC, *Forme, preuve et protection du consentement*, *in* Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle GOBERT, éd., Economica, 2004, n° 8, p. 408.

¹⁸³ J. CALAIS-AULOY, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des obligations, *RTD civ.* 1994.239, p. 240.

comparé, nous ne trouvons aucun élément qui sépare le droit français du droit vietnamien quant au rôle protecteur du consentement de la forme sous seing privé. La solennité « évite les surprises car, lorsque l'on traite verbalement, il arrive fréquemment que l'on s'aperçoive plus tard que la portée de l'engagement n'est pas celle qui avait été prévue à l'origine, et des difficultés s'élèvent »¹⁸⁴.

62. En droit français, si la forme solennelle est l'acte authentique, notamment l'acte notarié, la protection du consentement est surtout renforcée par l'assistance du notaire, expert juridique, dans la conclusion des contrats¹⁸⁵. Celui-ci, représentant du service public, doit rechercher et éliminer les erreurs du droit. Il vérifie des faits, les volontés des parties et l'existence de ces volontés qu'il certifie ainsi que la capacité des parties¹⁸⁶. Outre cette fonction, le notaire doit encore « renseigner ses clients sur le contenu et les conséquences des engagements qu'ils contractent »¹⁸⁷ sous sa propre responsabilité, étant donné qu'il peut commettre des erreurs de droit.

En droit vietnamien, la loi ne réglemente pas le devoir de conseil du notaire. Observons ici que la fonction de protection du consentement de la forme notariée du droit français se trouve renforcée par rapport au droit vietnamien en présence du notaire. Néanmoins, un trait commun se dessine : l'échange du consentement des parties par la forme authentique dans les deux systèmes juridiques est plus réel que celui de la forme orale ou celle sous seing privé¹⁸⁸.

63. La rédaction d'un acte authentique en droit français est donc requise pour les contrats importants et dangereux tels que le contrat de mariage¹⁸⁹, la donation¹⁹⁰, la constitution d'hypothèque¹⁹¹, la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur¹⁹², la vente d'immeuble à construire¹⁹³, etc. Plus précisément, l'exigence de la rédaction d'un acte

¹⁸⁴ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 40.

¹⁸⁵ J.-L. AUBERT, *La responsabilité civile des notaires*, 5^e, éd., Defrénois, 2008, n° 62 et s.

¹⁸⁶ Article 5 de la loi notariée du Vietnam.

¹⁸⁷ Cass. 1^e civ., 21 juillet 1921, D. 1925, 1 p. 29.

¹⁸⁸ P.MALAUZIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 3^e, éd., Defrénois, 2007, n° 537.

¹⁸⁹ Article 1394 du Code civil français.

¹⁹⁰ Article 931 du Code civil français.

¹⁹¹ Article 2127 du Code civil français.

¹⁹² Article 1250-2 du Code civil français.

¹⁹³ Article L.261-11 du Code de la construction et de l'habitation français.

notarié du contrat de donation permet de garantir la volonté la plus réelle du donateur¹⁹⁴. Le donateur peut bénéficier des conseils d'un officier public compétent qui l'informerait clairement et simplement des conséquences préjudiciables que le contrat risque d'entraîner pour lui¹⁹⁵. En même temps, elle assure l'irrévocabilité, et l'intervention du notaire en pallie les dangers. Ensuite, à propos du contrat de mariage, l'exigence de la rédaction d'un acte notarié a aussi pour finalité de protéger le consentement des parties. Le notaire peut aider les futurs époux dans le choix d'un régime matrimonial et son éventuel aménagement. De même, on peut justifier la forme solennelle du contrat de vente d'immeuble à construire qui a pour but de protéger le consentement des contractants¹⁹⁶.

En droit vietnamien, l'exigence de la rédaction d'un acte authentique est également requise pour les contrats importants, ayant une valeur considérable tels que ceux concernant les biens immeubles : la donation de biens immeubles¹⁹⁷ ; la vente immobilière¹⁹⁸, la constitution d'hypothèque¹⁹⁹. Cette condition supplémentaire de formation du contrat en droit vietnamien, est envisagée comme un gage supplémentaire de validité du contrat. Elle complète utilement l'ensemble des conditions de fond légalement requises pour la formation du contrat. Et, c'est bien d'un complément dont il est question, puisque la solennité en droit vietnamien agit différemment de toute autre exigence de fond. Pour cette raison, nous pouvons conclure que la forme solennelle en droit vietnamien peut être également un instrument légal pour protéger les parties.

64. Effectivement, l'échange du consentement entre les parties dans l'acte notarié en droits français et vietnamien est considérablement renforcé. Cependant, il convient de préciser que son rôle dans les deux systèmes juridiques est limité à l'efficacité de l'acte. Le notaire n'apprécie que ce qui est exposé par les parties²⁰⁰. Ce sont elles qui définissent le but et les conditions de l'opération ; il n'a pas à en vérifier les motifs ou la sincérité. De même, il

¹⁹⁴ Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, 3^e, éd., Dalloz, 1997, n° 456.

¹⁹⁵ X. LAGARDE, *Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil*, RTD. Civ. 1995, p. 25, n° 4 et s.

¹⁹⁶ L. ATTUEL-MENDES, *Protection générale et spéciale du consentement en matière de vente d'immeuble à construire*, RDI, 2007, p. 379.

¹⁹⁷ Article 467 du Code civil vietnamien.

¹⁹⁸ Article 450 du Code civil vietnamien.

¹⁹⁹ Article 343 du Code civil vietnamien.

²⁰⁰ L'article 35 de la loi notariée du Vietnam 2006.

n'a pas à attirer leur attention sur des éléments accessoires et ne garantit pas leur comportement avant ni après la conclusion de l'acte. De plus, le notaire ne peut empêcher une personne de conclure à un prix avantageux, ni de privilégier une partie par rapport à l'autre. Il n'a pas non plus à s'immiscer dans la relation contractuelle puisque l'opportunité de l'acte lui échappe. Ce sont là tous les points communs entre les deux systèmes juridiques. Néanmoins, le droit français se sépare du droit vietnamien quant au devoir de conseil du notaire²⁰¹. Dans le système juridique français, le devoir de conseil du notaire est étranger à l'expression de la volonté ; sa sanction est recherchée sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle²⁰². Le manquement du notaire à son devoir n'a pas d'influence sur la validité de l'acte. Il offre simplement aux parties la possibilité d'obtenir la réparation de leur préjudice, si le défaut d'information ou la mauvaise information en est la cause et si l'acte est objectivement inefficace. Dans le système juridique vietnamien, à l'heure actuelle, il n'y a aucune disposition spéciale réglant la responsabilité du notaire en cas de faute commise dans l'activité professionnelle.

Par conséquent, il ne fait aucune doute que la forme solennelle en droits français et vietnamien constitue un instrument pour protéger les parties contre un engagement à la légère, éclairant ainsi leur volonté en leur faisant prendre conscience de la gravité ou de la nature particulière de l'acte qu'elles s'appêtent à conclure, et évitant les erreurs parfois liées à l'utilisation d'un langage défectueux.

65. En dehors de la finalité de protéger les contractants, la forme solennelle vise encore à protéger d'autres personnes, en particulier les tiers au contrat²⁰³. En droit français, cette fonction de la forme solennelle se manifeste nettement tandis qu'elle n'est pas certaine en droit vietnamien, car les tiers n'ont pas la capacité d'agir en nullité²⁰⁴.

Tel est le cas de la forme solennelle du contrat de donation en droit français ou celle en droit vietnamien²⁰⁵ qui sont destinées à protéger la famille du donateur contre les effets de ce

²⁰¹ C. GIGUENET-MAUREL, *Le devoir de conseil des notaires*, éd, Defrénois, 2006, n° 6.

²⁰² J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n° 13 et s.

²⁰³ S. BECQUE-ICKOWICZ, *op. cit.*, n° 65 ; J. FLOUR, *Sur une notion nouvelle de l'authenticité*, Defrénois, 1972, n° 37, p. 1012.

²⁰⁴ V. *infra*, n° 131.

²⁰⁵ Aux termes de l'article 467 du Code civil vietnamien, « la donation de biens immeubles est passé par un acte écrit qui doit être authentifié et enregistré ».

contrat²⁰⁶. En effet, elle « peut dissuader d’y recourir, donc de garantir la préservation du patrimoine familial ; encore, le notaire le sachant peut-il attirer l’attention du candidat donateur sur les conséquences de son acte au regard du patrimoine familial, lorsque son geste affecte ce dernier (la donation serait faite à un tiers), voire lorsqu’il a vocation à gratifier tel ou tel membre de la famille (il est opportun que le notaire informe alors l’intéressé des suites de son acte, notamment à l’heure de l’ouverture de la succession) »²⁰⁷. De même manière, on peut affirmer que la forme solennelle (l’acte authentique) du contrat de constitution d’hypothèque en droits français et vietnamien a pour finalité de protéger les tiers.

La forme solennelle du contrat de mariage en droit français a pour objectif de protéger des personnes qui sont qualifiées de « tiers » à ce contrat, bien que ce terme soit, en réalité, impropre²⁰⁸. L’exigence de la rédaction d’un acte notarié d’un contrat de mariage constitue une importante source d’information pour les tiers sur les caractéristiques d’un régime matrimonial auquel les époux vont être soumis²⁰⁹. De ce point de vue, elle sert les tiers ayant des intérêts liés à l’organisation de la famille²¹⁰.

Plus particulièrement, l’exigence de la rédaction d’un acte notarié pour la conclusion de la subrogation en droit français par le débiteur permet aux tiers de se fier en toute sécurité aux apparences²¹¹. Elle a pour but d’éviter d’antidater les actes²¹². Ainsi en est-il, par exemple, du débiteur qui a grevé ses biens de plusieurs hypothèques, et a remboursé le premier créancier ; plus tard, ayant besoin d’argent, il pourrait chercher à faire renaître cette première hypothèque au détriment du deuxième créancier parvenu au premier rang, et au profit du nouveau prêteur, en passant avec celui-ci un acte sous seing privé antidaté dans lequel il feindrait que les deniers prêtés aujourd’hui l’étaient autrefois en vue de désintéresser l’ancien premier créancier hypothécaire. La disposition de l’article 1250-2 du Code civil français déjoue cette

²⁰⁶ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 42.

²⁰⁷ H. LECUYER, *art. cit.*, n° 115. Voir aussi J.-F. MONTREDON, J.-Cl. Civil, V° Article 931, fasc. 20, n° 7 ; M. NICOD, *le formalisme en droit des libéralités*, thèse, Université de Paris XII, 1996, n° 430 et s.

²⁰⁸ En droit vietnamien, il n’existe pas de contrat de mariage. Les époux sont soumis au régime de la communauté universelle ou parfois légale.

²⁰⁹ M. DAGOT, *Le certificat notarial pré-nuptial*, JCP éd. G 1977, 1, 2838, n°7.

²¹⁰ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 336.

²¹¹ J. FLOUR, *Sur une notion nouvelle de l’authenticité*, *art. cit.*, n° 37.

²¹² J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, n° 78 ; J. HAUSER, *art. cit.*, p. 673.

fraude et protège les intérêts des créanciers intermédiaires entre le dernier inscrit et le premier venu.

b. La finalité de protection de l'intérêt public

66. La forme solennelle est aussi destinée à protéger l'intérêt public, plus exactement elle a pour finalité de garantir à la fois l'intérêt public et l'intérêt privé, ces deux objectifs se recoupant.

Il est alors prouvé que la forme solennelle protège le consentement en incitant les parties à la réflexion, évitant ainsi de s'engager à la légère. En ce sens, elle est destinée à protéger la sécurité des relations économiques et sociales, c'est-à-dire les intérêts publics. A titre d'exemple, citons l'exigence de la rédaction d'un acte notarié du contrat de donation qui a pour objectif, non seulement de faire réfléchir les parties, mais encore de garantir la preuve et l'irrévocabilité de celle-ci, voire sa publicité dans la mesure où les actes notariés doivent faire l'objet d'un enregistrement. L'irrévocabilité de la donation a, bien entendu, un but de protection évident, tant du donateur que du donataire, qui est assuré de conserver définitivement le bien. De même, nous pouvons justifier facilement la forme solennelle du contrat de mariage, du contrat de subrogation par le débiteur, du contrat de constitution d'hypothèque, qui satisfait aussi à la sécurité de la circulation des biens.

De plus, la forme solennelle, pour autant qu'elle ne soit pas poussée à l'extrême, renforce généralement la sécurité des transactions contractuelles. Elle évite en effet toute discussion ultérieure sur la formation du contrat et sur son interprétation. On citera, à titre d'exemple, la lettre de change dans les deux systèmes juridiques, l'exigence des mentions obligatoires répondant à sa circulation en toute sécurité. C'est la raison pour laquelle Monsieur GHESTIN écrit : « le formalisme des effets de commerce est ainsi une garantie pour les tiers, en même temps qu'il assure la rapidité et la simplicité des opérations commerciales »²¹³.

67. Il convient de citer, dans cette étude, quelques finalités caractéristiques du droit vietnamien. D'une part, la forme solennelle a aussi pour but de déjouer une fraude fiscale. Une des raisons conduisant le législateur vietnamien à soumettre tels ou tels contrats en matière immobilière à une forme authentique est de favoriser la perception des impôts. D'autre part, le droit vietnamien exige la rédaction d'un écrit quelconque pour la validité de plusieurs contrats figurant dans la loi sur le commerce, même si ce sont des contrats entre

²¹³ J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 380.

commerçants. Selon le législateur vietnamien, l'exigence d'une forme écrite a pour finalité d'assurer la sécurité juridique des transactions économiques. Cette opinion trouve son origine dans un système économique planifié²¹⁴. Ainsi en est-il, par exemple, des contrats de vente internationale des marchandises²¹⁵, de promotion²¹⁶, de publicité²¹⁷, de représentation commerciale²¹⁸ et de commission²¹⁹, qui doivent être constatés par écrit à peine de nullité.

68. Du point de vue de la résolution des différends en matière contractuelle, la forme solennelle facilite toujours la tâche du juge lorsque des contestations s'élèvent au cours de litige. Elle a pour finalité d'assurer l'ordre et la clarté des débats et permettre à chacun de vérifier la bonne marche du procès. Effectivement, elle « répond à la fois à un but d'intérêt public, à un principe fondamental du droit processuel qui veut que l'on ne puisse juger quelqu'un sans s'être assuré qu'il a été appelé et mis à même d'être entendu »²²⁰.

Pour ce faire, le législateur soumet parfois certains contrats à l'accomplissement d'une forme solennelle. Cependant, avant de préciser son caractère impératif, il convient au préalable, afin d'éviter toute confusion, d'analyser les formalités étrangères à l'extériorisation du consentement.

B. Les formalités étrangères à l'extériorisation du consentement

69. En droit français, la forme solennelle est impérativement déterminée par la loi pour l'extériorisation du consentement. Elle ne doit pas être confondue avec d'autres formalités qui peuvent aussi être exigées par la loi pour la validité ou l'efficacité des contrats, mais sans concerner le consentement. Ces formalités que l'on appelle « formalités substantielles » contiennent deux types principaux : les formalités habilitantes (1) et les formalités de contrôle (2). En droit vietnamien, il existe aussi les formalités substantielles

²¹⁴ Voir plus loin, M.-S. KHALIL, *Le dirigisme économique et les contrats*, éd., LGDJ, 1967.

²¹⁵ Article 27, alinéa 2 de la loi sur le commerce du Vietnam.

²¹⁶ Article 90 de la loi sur le commerce du Vietnam.

²¹⁷ Article 110 de la loi sur le commerce du Vietnam.

²¹⁸ Article 142 de la loi sur le commerce du Vietnam.

²¹⁹ Article 159 de la loi sur le commerce du Vietnam.

²²⁰ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 48-49.

comme en droit français, mais les formalités de contrôle sont considérées comme une forme solennelle, d'après l'article 134 du Code civil vietnamien.

Ainsi, la présente étude consacrée aux formalités étrangères à l'extériorisation du consentement paraît très utile. Elle a pour objet non seulement de démontrer les points divergents entre le droit français et le droit vietnamien, mais encore de préciser les formes solennelles ; d'autre part, certaines formalités sont étrangères à l'extériorisation du consentement.

1. Les formalités habilitantes

70. Une des conditions essentielles pour la validité du contrat est d'être subordonnée à l'existence d'une qualité chez l'auteur de ce contrat²²¹. Elle implique que les parties doivent avoir des capacités de jouissance et d'exercice. Cependant, cette règle comporte des atténuations dans certains cas et le défaut ou l'insuffisance de capacité peuvent être palliés par la réalisation et l'observation de certaines formalités prévues par la loi²²². Ces formalités « confèrent à une personne le pouvoir d'exercer ses fonctions ou d'agir au nom d'autrui, ou à un incapable celui d'agir en son nom grâce à l'autorisation reçue »²²³. De ce point de vue, le droit français et le droit vietnamien présentent plusieurs points communs.

71. Tout d'abord, l'on constate que les formalités dans les deux systèmes juridiques sont destinées à permettre à un incapable de contracter malgré sa capacité réduite. En droit français, celui-ci conclut le contrat par l'intermédiaire de son représentant, de son administrateur légal ou de son tuteur²²⁴. De toute évidence, ces formalités n'empêchent pas que les tiers soient libres de choisir le mode d'extériorisation du consentement, à moins, bien entendu, que le contrat ne soit soumis à de véritables formes solennelles²²⁵. C'est ainsi qu'elles ne sont pas une forme ayant pour objet la manifestation du consentement mais une véritable condition de fond. En ce sens, elles ne peuvent pas être considérées comme une forme solennelle.

²²¹ L'article 1108 du Code civil français dispose : « Quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation ».

²²² L. AYNES, Formalisme et prévention, *art. cit.*, n° 26.

²²³ CORNU, Vocabulaire juridique, 8^e, éd., PUF, 2007, V. « habilitant » ; V., également G. LEGIER, G. LARDEUX, J.- Cl. Civil, fasc. 72, n° 103.

²²⁴ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 97.

²²⁵ Ch. LARROUMET, Droit civil, Les obligations, Le contrat, t. III, 6^e, éd, Economica, 2007, n° 506.

En droit vietnamien, l'article 21 du Code civil précise que « toute personne physique âgée de moins de six ans révolus est dépourvue de toute capacité d'exercice en matière civile. Tout acte de la vie civile mettant en cause une personne âgée de moins de six ans doit être conclu et exécuté par son représentant légal ». De même, l'article 22 du même Code dispose « tout acte de la vie civile mettant en cause un incapable doit être conclu et exécuté par le représentant légal de celui-ci », c'est-à-dire que la conclusion du contrat doit passer par des tiers. Certes, les formalités donnant à un incapable le droit de passer un contrat par l'intermédiaire d'un tiers ne sont pas des formes solennelles puisqu'elles ne répondent pas à la notion de forme solennelle.

72. Ensuite, la loi française délimite parfois la capacité d'exercice de l'incapable en lui interdisant de passer seul certains contrats sans assistance ou autorisation. Il en résulte que celui-ci ne peut conclure des contrats que s'il est assisté ou autorisé par une personne chargée par la loi de cette mission²²⁶. Par exemple, un mineur non émancipé (art. 1398 du Code civil français) ou un majeur en tutelle ou en curatelle (art. 1399 du Code civil français)²²⁷ ne peuvent passer des conventions matrimoniales s'ils doivent en principe être représentés ou assistés par un tiers²²⁸. Un autre exemple concerne le contrat de travail des enfants de moins de seize ans. Selon l'article L.211-6 du Code du travail français, la loi exige « une autorisation individuelle préalable » pour ceux engagés en vue d'exercer une activité de mannequin.

Sous l'influence du droit français, l'article 20, alinéa 1 du Code civil vietnamien dispose aussi que « le mineur ayant atteint l'âge de six ans révolus ne peut conclure et exécuter les actes de la vie civile qu'avec le consentement de son représentant légal ». Dans ce cas, la formalité de l'assistance, exigée par la loi, est requise pour conférer la capacité à l'auteur de l'acte. Elle est une condition de fond, bien distincte de la forme solennelle définie par l'article 134 du Code civil. Effectivement, la formalité prise en droits français et vietnamien est une modalité pour fortifier la capacité réduite des incapables ; autrement dit, ce n'est pas une forme solennelle mais une condition de fond.

73. Enfin, la protection des incapables la plus sévère concerne le représentant légal d'un incapable qui ne reçoit pas toujours de la loi le pouvoir illimité de le représenter. En

²²⁶ G. RAYMOND et Ch. BARRETEAU -RAYMOND, *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, 4^e, éd, Litec, 2003, n° 804.

²²⁷ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Formation du contrat*, 3^e, éd, LGDJ, 1993, n° 454.

²²⁸ M. STORCK, *J.- Cl. Civil Code*, Art. 1398 et 1399, n° 1.

principe, le pouvoir de représentation existe pour les actes courants. Toutefois, des précautions particulières sont exceptionnellement requises pour des actes présumés d'une certaine gravité.

En droit français, la loi exige l'autorisation d'une autre personne, ou d'un organe tels que le conseil de famille ou le juge des tutelles, requise afin de donner au représentant légal d'un incapable, au tuteur ou administrateur légal, le pouvoir d'accomplir les actes. A défaut de cette formalité, le contrat passé par le représentant légal est évidemment nul : il y a en effet un vice de fond (défaut de pouvoir, donc de qualité de l'auteur du contrat), et non un vice de forme puisque l'autorisation n'a rien à voir avec la condition du consentement de l'auteur du contrat (du représentant légal, en l'espèce). A titre d'exemple, l'administrateur légal ou le tuteur peuvent exécuter une vente d'immeuble d'un mineur ou d'un majeur en tutelle avec la seule autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille avant la conclusion de l'acte²²⁹. De même, en application de l'article 457 du Code civil français, le tuteur « ne peut donner en antichrèse les immeubles de sa pupille qu'avec l'autorisation du conseil de famille »²³⁰. Ainsi donc, ces formalités sont des « formalités substantielles, inhérentes au fond, à la structure de l'organe »²³¹.

La solution est analogue dans le système juridique vietnamien : pour certains contrats patrimoniaux de l'incapable de grande valeur, le représentant de ce dernier doit avoir l'autorisation d'une autre personne ou d'un organisme. Cette formalité est nécessaire pour passer ces contrats en vue de mieux protéger les intérêts de l'incapable²³². Cependant, on constate que la loi vietnamienne ne précise pas ce qu'est un bien de grande valeur.

74. En réalité, les formalités habilitantes en droits français et vietnamien présentent les caractères communs que nous venons de citer. Il s'agit donc des formalités destinées à compléter la volonté d'un incapable ou les pouvoirs d'une personne, les autorisations requises étant des actes juridiques distincts. Ainsi, ces formalités constituent donc une condition de fond, distincte des formes solennelles²³³.

2. Les formalités de contrôle

²²⁹ J. MASSIP, Vente, *in* Gaz. Pal. 2 avril 2005, n° 92, p. 21.

²³⁰ S. PIEDELIEVRE, Rép. Civ., V. Antichrèse, 2005, n° 16.

²³¹ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 58.

²³² Article 69 du Code civil vietnamien 2005.

²³³ L. ANYES, *art. cit.*, n° 27.

75. Le principe de l'autonomie de la volonté des parties est le plus important en droit moderne. D'après lui, l'obligation contractuelle repose exclusivement sur la volonté des parties sous réserve des exceptions directes que constituent les interdictions légales édictées par les lois et dont les plus générales sont sans doute celles qui sont inscrites dans l'article 6 du Code civil français et dans l'article 8 du Code civil vietnamien²³⁴. Cet article dispose que : « on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »²³⁵. Cette solution s'applique également²³⁵ au contrat en droit vietnamien. L'article 8 du Code civil vietnamien énonce expressément : « l'établissement et l'exercice des droits civils, la création et l'exécution des obligations civiles sont soumis à l'exigence de préserver l'identité nationale, de respecter et de promouvoir les bonnes mœurs, les coutumes, les belles traditions, la solidarité et la fraternité et le principe "chacun pour la communauté, la communauté pour chacun", ainsi que les valeurs morales prééminentes des différentes ethnies vivant ensemble sur le territoire vietnamien ». Mais cela n'est absolu ni dans le système juridique français ni dans le vietnamien. Toutefois, leur législateur soumet certains contrats à des formalités de contrôle pour diverses raisons. Dans ce cas, ces derniers ne produisent des effets juridiques qu'une fois les formalités légales accomplies par l'une ou les parties contractantes.

Selon les finalités de contrôle, nous pouvons diviser les formalités en deux catégories principales. Il s'agit parfois du contrôle de la simple régularité d'un acte que la loi soumet à des conditions précises (a) ou plus souvent de son opportunité au regard d'intérêts publics ou privés que la loi a entendu protéger (b)²³⁶.

a. Les formalités inhérentes à un contrôle de régularité

76. En droit français, nous trouvons toutefois quelques contrats soumis à une formalité obligatoire dont le but est de contrôler simplement sa régularité. Sans doute, cette exigence légale porte gravement atteinte au principe de la liberté contractuelle puisque le seul échange des volontés des parties ne suffit pas pour produire les effets juridiques recherchés par une ou des parties contractantes. A la différence du droit français, à notre connaissance, nous ne trouvons aucune disposition légale énonçant cette formalité en droit vietnamien.

²³⁴ L'article 8 du Code civil vietnamien énonce le « principe du respect de la morale, des bonnes mœurs et des belles traditions nationales ». Ainsi, « tout acte est frappé de nullité s'il est violé par une interdiction légale ou une atteinte portée à la morale ». Article 128 du Code civil vietnamien.

²³⁵ Article 6 du Code civil français.

²³⁶ J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 465 ; A. BENABENT, *op. cit.*, n° 130.

77. Pour éclairer l'observation précitée, il convient de noter quelques exemples dans les droits du commerce, de la famille et du travail. Tel est le cas, par exemple, de la société d'assurance en droit français qui devait, dans un récent passé, communiquer au ministère de l'économie et des finances les conditions générales de leur police, ce qui permettait de vérifier leur conformité à la loi et d'exiger éventuellement leur modification²³⁷. Cette formalité est une formalité de la régularité. Aujourd'hui, cette disposition a été abrogée par le premier article du décret n° 94-635 du 25 juillet 1994 modifiant le Code des assurances en vue notamment de la transposition des directives n° 92-49 et 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes.

Il en est de même en ce qui concerne la formalité de l'homologation de l'acte constitutif d'un bien de famille en droit français. L'on sait qu'elle est un acte grave, non seulement pour son auteur, mais également pour les tiers et pour la sécurité du commerce juridique, étant donné que son effet essentiel est de rendre insaisissable le bien constitué, en vue d'assurer sa conservation dans la famille. Pour cette raison, la loi française a soumis l'acte constitutif d'un bien de famille aux formalités de l'homologation du juge d'instance²³⁸. Celles-ci ont pour objet de vérifier si les diverses conditions exigées par la loi ont été remplies.

De plus, le contrat d'apprentissage en droit français doit être adressé pour un enregistrement à, « selon l'organisme habilité auprès duquel est enregistrée l'entreprise, la chambre de commerce et d'industrie, la chambre de métier ou la chambre d'agriculture »²³⁹. L'organisme doit vérifier, dans un délai de 10 jours ouvrables, le contrat au regard des dispositions législatives et réglementaires qui le régissent²⁴⁰. Le défaut d'enregistrement du contrat ne produit d'effet juridique ni dans le passé, ni pour le futur en raison de la violation cette règle d'ordre public²⁴¹.

78. En définitive, il convient de conclure que les formalités de la régularité en droit français sont une condition de fond, ou mieux encore, une condition de procédure ayant pour

²³⁷ Article R. 310-6 du Code des assurances français.

²³⁸ L. 12 juillet 1909, art. 9 ; Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 ; M. BOUDOT, *Rép. Civ. Dalloz.*, V. Bien de famille, 2008, n° 6 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 466, p. 432.

²³⁹ Y. SELLIER, *Rép. trav. Dalloz.*, V. Apprentissage, 2008, n° 89 ; V. C. trav., art. L. 117-14, al. 1^e, mod. par l'art. 37 de la L. n° 2005-882 du 2 août 2005 ; A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 12^e, éd., Montchrestien, 2010, n° 133, p. 99.

²⁴⁰ Y. SELLIER, *op. loc. cit.*, n° 89.

²⁴¹ Y. SELLIER, *op. loc. cit.*, n° 122.

objet de contrôler si toutes les conditions de validité du contrat sont satisfaites²⁴². De fait, le contrat soumis à de telles formalités a d'ores et déjà recueilli le consentement, mais sa perfection nécessite des formalités de régularité²⁴³. Cela s'explique par le souhait de vérifier le respect des conditions légales imposées au contrat par l'autorité publique (juge du tribunal d'instance ou organisme habilité) pour des contrats considérés comme graves²⁴⁴. Certes, ces formalités ne concernent pas le mode d'extériorisation du consentement des parties. C'est pourquoi elles ne peuvent pas constituer la forme solennelle.

b. Les formalités inhérentes à un contrôle d'opportunité

79. Il ne s'agit pas d'un simple contrôle de la régularité du contrat, mais bien d'un contrôle de l'opportunité du contrat. Bien entendu, le contrôle d'opportunité est constitutif d'une atteinte au principe de la liberté contractuelle plus grave que celui de la régularité du contrat. En effet, l'auteur qui désire conclure un contrat, doit « s'adresser auparavant à l'administration pour solliciter son accord »²⁴⁵. Dans cette hypothèse, l'autorité investie par la loi d'un pouvoir de contrôle pourra refuser de l'autoriser à passer un contrat si elle estime que celui-ci est inopportun. Les exemples de telle situation abondent dans les systèmes juridiques français et vietnamien.

80. En droit français, un certain nombre d'actes intéressent l'exploitation de biens considérés comme étant d'intérêt national, telles la concession, l'exploitation des mines, des énergies électriques hydrauliques qui doivent solliciter une autorisation administrative. L'article 119-5 du Code minier français précise ainsi que « la mutation d'un permis exclusif de recherches de mines, la mutation ou l'amodiation d'une concession de mines font l'objet d'une autorisation accordée par le ministre chargé des mines ». En conséquence, l'autorisation doit être demandée par le cédant et le concessionnaire, dans les six mois qui suivent la signature de l'acte, lequel doit être passé sous condition suspensive de cette autorisation²⁴⁶. Tous les actes passés en violation de ces dispositions sont nuls.

²⁴² M. -A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 64-65.

²⁴³ B. THULLIER, *L'autorisation*, Etude de droit privé, éd., LGDJ., 1996, n° 70, p. 57.

²⁴⁴ J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 467, p. 433.

²⁴⁵ A. BERNARD, *L'autorisation administrative et le contrat de droit privé*, RTD. Com., 1987, p. 2.

²⁴⁶ Les articles 119-6, 119-7 du Code minier français.

De même, la loi française impose le contrôle des actes juridiques relatifs à l'exploitation de l'énergie hydraulique, et à la distribution d'énergie électrique²⁴⁷. Les motifs qui conduisent le législateur à imposer ces autorisations sont les mêmes. « L'Administration a agréé le cessionnaire en raison de la confiance qu'il lui inspire, de l'importance de ses ressources financières, de sa probité reconnue, de ses capacités industrielles, de la valeur propre de son administration. Un changement de cessionnaire est de nature à entraîner des modifications profondes dans la manière dont le service public sera géré. L'Administration, maîtresse du service, a le droit d'exiger que le cessionnaire agréé par elle, accomplisse personnellement, jusqu'au bout la tâche qu'il a acceptée, et n'en confie pas l'exécution à un cessionnaire qui n'aurait pas la confiance des pouvoirs publics »²⁴⁸. En réalité, elle ne relève pas de la forme solennelle parce qu'elle ne concerne pas le mode d'extériorisation du consentement.

81. En droit vietnamien, il existe aussi des formalités permettant un contrôle d'opportunité prescrites pour la validité du contrat. Pourtant, elles ne sont pas envisagées comme une catégorie de formalité propre, distinctes de la solennité, mais comme une manifestation de la solennité²⁴⁹. En effet, l'article 124 du Code civil vietnamien précise la notion de forme solennelle de l'article 134 du Code civil, comprenant la formalité du contrôle de l'opportunité : « quand la loi dispose qu'un acte de la vie civile doit être établi par écrit, authenticité, enregistré ou autorisé, le respect de ces formalités est obligatoire ». L'article 134 du même Code reprend la formalité de l'autorisation parmi les formes solennelles en droit vietnamien. En réalité, la distinction entre la forme requise pour l'extériorisation du consentement et les formalités de contrôle en droit vietnamien est inconnue²⁵⁰. Celle-ci se manifeste même lorsque les auteurs vietnamiens étudient la forme des actes juridiques. Ils envisagent les formes solennelles, tant au plus, en y incluant également les formalités de l'opportunité²⁵¹.

²⁴⁷ Voir l'article 12 de la loi du 16 mars 1919 (relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique), pour mes concessions et l'article 16.

²⁴⁸ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 68.

²⁴⁹ NGUYEN Ngoc Khanh, *Le contrat du Code civil vietnamien*, édition judiciaire, 2007, p. 176 ; HOANG Thi Thanh, *L'acte de la vie civile est frappé de nullité en raison de l'inobservation de la forme légale*, *Revue de la Cour populaire*, n° 09/2001, p. 14 et s.

²⁵⁰ V. *supra*, n° 56.

²⁵¹ V. par exemple, DO Van Dai, *Droit des contrats vietnamien, Arrêts et commentaires d'arrêts*, 2^e éd., Politique nationale, 2009, n° 15.

En examinant les contrats soumis aux formalités de l'opportunité, nous observons qu'elles sont requises en droit vietnamien pour les contrats ayant une importance économique et sociale afin de faciliter leur contrôle. Les exemples d'une telle situation abondent²⁵². Ainsi, l'article 22, alinéa 1 de la loi du 29 juin 2006, sur l'opération commerciale en matière immobilière dispose-t-il que « le contrat de cession à titre onéreux du projet d'urbanisme, du projet d'habitation, du projet d'infrastructure du centre industriel doit être autorisé par l'autorité publique compétente par écrit ». Avant la conclusion de ces contrats, l'auteur doit solliciter un accord de la part de l'administration compétente. Cette formalité est destinée à vérifier la faculté de réaliser les opérations des prédécesseurs afin de protéger l'ordre public, notamment, en ce qui concerne des biens considérés comme étant d'intérêts nationaux, tels que des cessions de concession ou des permis d'exploitation des mines, des hydrauliques soumises à une autorisation administrative. L'article 53, alinéa 6 du décret n° 160/2005/ND-CP du 27 décembre 2005 du Gouvernement définissant les modalités d'application de la loi des mines dispose que « le transfert du permis d'exploitation des mines doit être autorisé par l'autorité publique compétente ». De plus, la situation était semblable dans le passé, pour le contrat de cession à titre onéreux du fonds de commerce, le contrat de louage du même fonds, son nantissement lorsque les entreprises d'état y exerçaient une mission de service public. Ainsi, « l'une ou l'autre partie devait demander à l'administration administrative un permis préalable de contracter »²⁵³. Cette formalité était véritablement une modalité de contrôle du transfert des biens de l'entreprise d'Etat. Aujourd'hui, elle a été abrogée. Dans tous ces exemples, la loi vietnamienne exige une autorisation préalable avant la conclusion des contrats. Elle constitue une condition supplémentaire de formation du contrat.

82. L'on constate donc que les formalités étrangères à l'extériorisation du consentement en droits français et vietnamien ont une même finalité, elles sont destinées à assurer la sécurité des activités contractuelles, l'objectif global étant de garantir l'intérêt public. Pour cette raison, elles sont considérées comme étant une procédure administrative. Néanmoins, les deux systèmes juridiques présentent une différence. En droit français, elles ne sont pas envisagées comme la forme solennelle puisqu'elles ne limitent pas le champ d'extériorisation du consentement des parties. En droit vietnamien, les formalités de

²⁵² Pour connaître les autres contrats qui doivent être soumis à la formalité de contrôle en droit vietnamien, il faut consulter le décret n° 59/2006/ ND-CP du 12 juin 2006 réglementant les dispositions de la loi commerciale relative aux marchandises et services interdits, limités ou autorisés.

²⁵³ Article 19, al. 6 de la loi n° 14/2003/QH11, 26 novembre 2003, portant sur l'entreprise de l'Etat vietnamien.

l'opportunité sont, en revanche, considérées comme une manifestation de forme solennelle, même si leur nature est analogue à celle du droit français. Ceci est justifié par la conception de la forme solennelle en droit vietnamien, qui est différente de celle du droit français. En effet, dans le système juridique français, la forme solennelle est imposée pour la manifestation du consentement alors que dans le système juridique vietnamien, elle constitue une condition supplémentaire de formation du contrat²⁵⁴.

§ 2. Le caractère impératif de la forme solennelle

83. On a précédemment examiné les rapports entre la forme solennelle et le consentement au regard du droit comparé. Désormais, on recherchera le caractère impératif de la forme solennelle en vue de démontrer aussi les caractères différents entre le droit français et le droit vietnamien. Cette étude s'appuiera sur deux aspects essentiels : le caractère irremplaçable de la forme solennelle (A) et l'identification d'une forme solennelle avec certains cas ambigus (B).

A. La forme solennelle est irremplaçable

84. On sait que la forme solennelle s'impose à la conclusion du contrat ; par voie de conséquence, elle ne peut être modifiée par l'une ou l'autre des parties. A cet égard, l'on peut observer qu'elle n'est pas susceptible d'équipollence (1). Cependant, les parties ont la liberté de ne pas réaliser un acte juridique soumis par la loi à des formes solennelles, mais un acte différent qui leur permettra d'aboutir à un résultat équivalent. C'est le formalisme de substitution (2).

1. L'absence d'équivalence possible

85. Dans le système juridique français, lorsque « la loi soumet l'extériorisation de la volonté des parties à une forme impérativement déterminée »²⁵⁵, le contrat devient solennel. « Il n'est pas permis aux parties d'utiliser d'autres modes d'extériorisation de la volonté ». *A fortiori*, on observe que la forme solennelle n'est pas susceptible d'équipollence²⁵⁶.

²⁵⁴ V. *supra*, n° 55 et s.

²⁵⁵ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 104.

²⁵⁶ J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 431 ; M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 104 ; P. BRASSEUR, Le formalisme dans la formation des contrats, approches de droit comparé, *in* Le processus de formation du contrat, Centre de droit des obligations, éd., LGDJ, 2002, n°23, p. 627 ; S. SAUNIER, Recherche

Cependant, il arrive parfois que la loi donne le choix entre plusieurs formes limitativement déterminées²⁵⁷. Dans cette hypothèse, le contrat laisse une latitude mais demeure solennel, car les parties ne sont pas libres d'opter pour n'importe quel mode d'extériorisation du consentement.

86. Les exemples de l'absence de forme équipollente sont nombreux en droit français. Ainsi, la jurisprudence n'a jamais admis la validité d'une donation faite par acte sous seing privé²⁵⁸, alors que l'article 931 du Code civil français exige un acte notarié²⁵⁹. La même solution a été affirmée pour d'autres contrats solennels tels que le contrat de mariage²⁶⁰, la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur²⁶¹, la constitution d'hypothèque²⁶², etc...

La solution est également retenue à propos de l'acte sous seing privé déposé au rang des minutes d'un notaire. Il n'est pas susceptible d'équivalence, même s'il semble être au plan de sa nature juridique, assimilé à un acte authentique²⁶³. Ainsi en est-il, par exemple, de l'article 931 du Code civil français qui dispose que « tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats et il en restera minutes à peine de nullité ». Il n'est donc pas admis que la donation puisse être faite par acte sous seing privé déposé aux rangs des minutes d'un notaire²⁶⁴. De même, la jurisprudence française n'a jamais admis la validité du contrat de mariage conclu par acte sous seing privé, même si celui-ci est déposé au rang des minutes²⁶⁵.

sur la notion de formalisme en droit administratif français, éd., Presses universitaires d'Aix-marseille, 2005, p. 389 et s.

²⁵⁷ V. *supra*, n° 57.

²⁵⁸ Cass. civ., 7 février 1898 : DP 1901, 1, p. 68. – Cass. req., 23 octobre 1905 : DP 1906, 1, p. 32. – Cass. 1^e civ., 12 juin 1967 : JCP G 1967, II, 15225. – 1^e juin 1977 : Bull. civ. I, n° 259. – CA Paris, 16 mars 1981 : Cass. 1^e civ., 16 mars 1999 : Juris-Data n° 1999-001120 ; Bull. civ. I, n° 104.

²⁵⁹ Cass. civ., 7 février 1898 : DP 1901, 1, p. 68. – Cass. req., 23 octobre 1905 : DP 1906, 1, p. 32. – Cass. 1^e civ., 12 juin 1967 : JCP G 1967, II, 15225. – 1^e juin 1977 : Bull. civ. I, n° 259. – CA Paris, 16 mars 1981.

²⁶⁰ Article 1394 du Code civil français.

²⁶¹ Article 1250-2 du Code civil français.

²⁶² Article 2416 du Code civil français.

²⁶³ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e, éd., LGDJ, 1993, n° 432.

²⁶⁴ Civ. 1^e, 17 octobre 2007 : Bull. civ. I, n° 322.

²⁶⁵ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 113.

87. Cependant, en droit français, il existe une exception relative à la constitution d'hypothèque. L'article 2416 du Code civil dispose ainsi que « l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié »²⁶⁶, alors que la jurisprudence séculaire admet, de fait, la validité d'une hypothèque conventionnelle faite par acte sous seing privé, à condition que celui-ci ait été régulièrement déposé au rang des minutes d'un notaire, que ce dernier ait dressé un acte de dépôt valable et que le constituant ait donné son consentement à cet acte de dépôt²⁶⁷. Cette solution se baserait sur le fondement du principe du consensualisme²⁶⁸. Toutefois, l'on voit mal pourquoi ce principe devrait s'imposer uniquement pour la constitution d'hypothèque et non pour d'autres contrats solennels²⁶⁹.

Par ailleurs, si l'on admet la validité de l'acte consenti par acte sous seing privé déposé au rang des minutes d'un notaire, c'est à la condition que cet acte soit déposé par toutes ses parties, et que l'acte de dépôt contienne une réitération du consentement donné dans l'acte sous seing privé. Le consentement des parties doit être exprimé dans l'acte de dépôt qui est un acte authentique. Cet acte doit être régulier en la forme, et contenir les clauses de l'acte juridique. Il existe un acte juridique distinct contenant la manifestation de volonté des parties, auquel l'acte sous seing privé antérieur n'apporte rien. L'acte juridique contenu dans l'acte sous seing privé est, en réalité, refait selon une forme authentique ; la solution est donc juridiquement correcte.

88. Quant au droit vietnamien, il n'a jamais admis la validité du contrat en forme sous seing privé lorsque la loi le soumet à une forme authentique²⁷⁰. La justification de cette solution est que l'exigence de la forme authentique, impérativement déterminée par la loi, doit être respectée par les parties. Dans cette hypothèse, il convient d'observer que le droit vietnamien converge vers le droit français. En dépit de cela, à l'égard du contrat solennel

²⁶⁶ Art. 2146 du Code civil français.

²⁶⁷ Cass. civ. 27 août 1844, S. 1844, 1, 740 ; DP, 1844, 1, 396 note PAU, 16 juillet 1852, DP, 1854, 2, 205 ; Cass. req. 5 novembre 1860, S. 1861, 1, 858 ; DP, 1861, 1, 300 ; Paris, 7 juillet 1886, S. 1887, 2, 65, note Ch. LYON-CAEN ; Paris, 24 janvier 1928, DH, 1928, 277 ; TGI Evry-Corbeil, 26 avril 1972, Gaz. Pal. 1972, 2, p. 732 ; Cass. 3^e civ. 7 janvier 1987 : Bull. civ. III, n° 4 ; Gaz. Pal. 1987, 1, p. 219, note. S. PIDELIEVRE ; Defrénois, 1987, art. 34120, p. 1490, n° 112, note L. AYNES ; Cass. 3^e civ. 7 avril 1993, Bull. civ. III, n° 55 ; Defrénois 1993, art. 35617, p. 1063, n° 104, note L. AYNES ; JCP éd. G, 1993, I, 3717, n° 12, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, rapport l'exclusion de l'exigence de cogestion prévue par l'article 215, al. 3 C. civ. En cas de simple promesse d'hypothèque : Cass. 3^e civ. 29 mai 2002 : Bull. civ. III n° 118 ; Defrénois, 2002, art. 37611, n° 81, obs. G. CHAMPENOIS.

²⁶⁸ M. DAGOT, Les sûretés, éd., PUF, coll. Thémis, 1981, p. 320.

²⁶⁹ S. BECQUE-ICKOWICZ, *op. cit.*, n° 254.

²⁷⁰ Arrêt n° 62/ DSPT, de la Cour populaire de la province de TRA VINH, 7 mai 2004.

rédigé par acte sous seing privé déposé au rang des minutes d'un acte notarié, la solution du droit vietnamien s'oppose au droit français.

En effet, l'article 134 du Code civil vietnamien dispose : « lorsque la loi subordonne la validité de l'acte de la vie civile à l'accomplissement d'une condition de forme et que les contractants n'observent pas cette condition, le tribunal, à la demande d'une ou de toutes les parties peut fixer un délai dans lequel les parties doivent accomplir la condition prescrite ». La Cour de suprême populaire a immédiatement donné une interprétation à cet article. Aux termes de la décision N° 01/2003/NQ-HDTP de la Cour suprême populaire concernant la mise en œuvre des résolutions de quelques litiges en matière civile et familiale, celle-ci a retenu que « si la vente de locaux à usage d'habitation n'observe pas la condition de forme légale, lorsque le litige a lieu, le tribunal, à la demande d'une ou des parties, peut fixer un délai d'un mois dans lequel les parties doivent remplir l'exigence de forme ». Effectivement, le droit vietnamien admet la validité de tout contrat consenti par acte sous seing privé déposé au rang des minutes d'un notaire.

L'on peut noter que cette solution en droit vietnamien a été à l'origine de la pratique juridique au Vietnam au cours des années 90. Durant cette époque, un certain nombre de contrats en matière de vente immobilière sont passés en forme sous seing privé, tandis que la loi vietnamienne les soumettait à une forme authentique, à peine de nullité²⁷¹. Certes, de tels engagements n'ont pas observé la forme légale. De ce point de vue, la Haute juridiction vietnamienne a voulu diminuer les cas de nullité liés à l'inobservation de la forme solennelle, car elle pensait que la nullité suscitait parfois un « retentissement social », ne protégeant pas l'intérêt d'une ou des parties. Elle a permis aux parties de réparer le défaut d'accomplissement de la forme légale²⁷². C'est la raison pour laquelle le Code civil vietnamien actuel donne une solution assez hasardeuse pour le défaut de forme légale. Nous l'apprécions cependant, car elle s'adapte à la pratique vietnamienne.

2. Le formalisme de substitution

89. A côté du caractère irremplaçable de la forme solennelle, il arrive parfois que plusieurs actes juridiques permettent d'atteindre un même résultat ou un résultat équivalent. De toute évidence, rien n'empêche les parties désirant parvenir à ce résultat, de choisir un

²⁷¹ PHAN Tan Phap, La nullité de l'acte de la vie civile et ses conséquences en cas d'inobservation de la forme légale, Revue de la Cour populaire, n° 6/2002, p. 29.

²⁷² NGUYEN Van Cuong, Nullité de l'acte de la vie civile en cas d'inobservation de la forme légale, Revue de la Cour populaire, n° 1/2002, p. 29 et s.

procédé qui leur permet de réaliser un contrat²⁷³. De ce point de vue, il existe un formalisme de substitution.

Celui-ci se manifeste selon deux cas principaux : le formalisme de substitution de la donation échappant au formalisme légal et le formalisme de substitution du défaut de mention obligatoire de la lettre de change en droit français. A l'inverse du droit français, cette solution est méconnue en droit vietnamien.

90. Dans le premier cas, l'article 931 du Code civil français énonce que « tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaire, dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité ». La jurisprudence française, depuis la naissance du Code civil, a pourtant admis la validité de certaines donations non notariées. Il s'agit, dans ce cas, d'une donation déguisée, masquée sous l'apparence d'un acte à titre onéreux, d'une donation indirecte qui n'implique pas de simulation, et d'un don manuel qui organise une remise matérielle du bien fourni²⁷⁴. En droit vietnamien, contrairement au droit français, la donation n'est un contrat solennel que lorsque son objet porte sur un bien immeuble. Ainsi, la question du formalisme de substitution en matière de donation n'est pas posée en droit vietnamien.

La doctrine française donne plusieurs explications à la solution jurisprudentielle en matière de donation. Les auteurs classiques ont embrassé le don manuel, la donation déguisée et la donation indirecte, comme étant des exceptions au principe de la solennité, en raison du peu de valeur des meubles corporels ou parce qu'étaient en cause des sommes modiques²⁷⁵. Cette opinion est pourtant critiquée par la doctrine moderne²⁷⁶. Pour elle, les donations non solennelles ne sont pas une exception au principe de la solennité des donations qui sont, au contraire, justifiées par l'existence d'un formalisme de substitution assurant une protection

²⁷³ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 117.

²⁷⁴ H. LECUYER, Des donations échappant au formalisme légal, *Dr. et patr.*, 05/2003, n° 115.

²⁷⁵ A. COLOMER, *Rép. civ. Dalloz.*, Don manuel, n° 13, 2008 ; P. BROSSOLLES, *Théorie et pratique des dons manuels*, éd, A. Rousseau, 1885, p. 44 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, 2^e, éd, LGDJ., 1952, n° 341 et 377 ; H.-L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçon de droit civil, Successions - Libéralités*, 4^e éd, Montchrestien, 1999, n° 1461 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 435.

²⁷⁶ La doctrine moderne explique que la forme notariée a pour « finalité la protection du donateur dont l'importance ne permet pas de comporter des exceptions », X. LAGARDE, *Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil*, *RTD civ.*, 1997, p. 25, n° 6.

équivalente à celle de la forme notariée énoncée par l'article 931 du Code civil français²⁷⁷. Ainsi, la tradition du don manuel permettrait au donateur de prendre conscience de la gravité de son acte, par le sacrifice direct qu'elle impose²⁷⁸. Puis, la dissimulation exigée par la donation déguisée, se cachant en effet derrière un acte à titre onéreux, apporterait une protection suffisante à la volonté du donateur, celui-ci étant nécessairement conscient de la portée de son acte²⁷⁹. Enfin, on sait que la protection du donateur serait remplie en cas de donation indirecte par l'emprunt d'une voie détournée, puisque cette donation s'effectue par un acte neutre, dont la nature ne permet pas de dire s'il est fait à titre onéreux ou à titre gratuit²⁸⁰.

Il importe donc de constater que cette explication est une déduction logique de la doctrine moderne en reposant sur la théorie d'équivalence. En effet, il existe un formalisme de substitution ou de remplacement : l'intérêt que l'exigence d'un acte authentique tend habituellement à sauvegarder, est ici protégé par un procédé différent, mais équivalent²⁸¹.

91. Quant à la lettre de change, l'article 511-1, I du Code de commerce français énonce les mentions obligatoires, destinées à attirer l'attention des différents signataires du titre sur la rigueur des engagements qu'ils contractent²⁸², afin qu'un titre ait valeur de lettre de change²⁸³. En vertu de ce texte, « le titre dans lequel une des énonciations indiquées au I fait défaut ne vaut pas comme lettre de change »²⁸⁴.

²⁷⁷ J. FLOUR, *op. loc. cit.* ; A. PONSARD, Les donations indirectes en droit civil français, thèse Dijon, 1946, p. 128 ; H. LECUYER, *art. cit.*, n° 115.

²⁷⁸ J. FLOUR et H. SOULEAU, Droit civil, Les libéralités, éd., Armand Colin, 1982, n° 81.

²⁷⁹ J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 105.

²⁸⁰ H. LECUYER, *art. cit.*, n° 115.

²⁸¹ J. FLOUR, H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 79.

²⁸² CA. Lyon, 11 juin 1956 : D. 1957, somm. p. 36.

²⁸³ Aux termes de l'article L. 511-1 du Code de commerce, « la lettre de change contient

1o La dénomination de lettre de change insérée dans le texte même du titre et exprimée dans la langue employée pour la rédaction de ce titre;

2o Le mandat pur et simple de payer une somme déterminée;

3o Le nom de celui qui doit payer, dénommé tiré;

4o L'indication de l'échéance;

5o Celle du lieu où le paiement doit s'effectuer;

6o Le nom de celui auquel ou à l'ordre duquel le paiement doit être fait;

7o L'indication de la date et du lieu où la lettre est créée;

Or, le même article instaure un certain nombre de règles supplétives permettant d'éviter la nullité de la lettre de change incomplète, et réduisant le nombre des mentions réellement obligatoires. En effet, en l'absence d'une indication d'échéance, la lettre de change est considérée comme payable à vue²⁸⁵. A défaut de mention du lieu de paiement, celui désigné à côté du nom du tiré est réputé être le lieu du paiement et, en même temps, du point de vue cambiaire, le lieu de domicile du tiré²⁸⁶. Enfin, la traite qui n'indique pas le lieu de sa création est considérée comme étant souscrite dans le lieu désigné à côté du nom du tireur²⁸⁷.

Outre les hypothèses de suppléance expressément prévues, mais limitativement, par le législateur, la jurisprudence française a créé, en dehors de tout texte, d'autres cas équivalents consistant à suppléer les mentions manquantes, afin d'éviter la nullité des titres imparfaits, quand des formes identiques à celles prescrites par la loi ont été respectées. Elle a, en particulier, considéré que l'absence du nom du bénéficiaire pouvait être remplacée par le nom du premier endosseur et que le vice issu du défaut de la signature du tireur au moment de l'émission pouvait être réparé par l'apposition de cette signature au verso de l'effet de commerce aux fins d'endossement²⁸⁸. La jurisprudence française a jugé que la nullité des effets de commerce, en raison du défaut de mention du nom du bénéficiaire, devait être écartée, lorsqu'ils portent le cachet de la société tireur, tant au recto qu'au verso, accompagné de la signature de son gérant²⁸⁹. Certainement, elle qui atténue ici un formalisme trop rigoureux, tout en respectant sa portée, se fonde sur la volonté de prendre en considération l'équivalence des résultats²⁹⁰.

Ainsi, ces exemples nous montrent qu'il existe une équivalence entre les mentions obligatoires énoncées par le premier alinéa de l'article 511-1 du Code de commerce et les cas

80 La signature de celui qui émet la lettre dénommé tireur. Cette signature est apposée, soit à la main, soit par tout procédé non manuscrit ».

284 Article 511-1, II du Code de commerce.

²⁸⁵ Article L. 511-1, III du Code de commerce.

²⁸⁶ Article L. 511-1, IV du Code de commerce.

²⁸⁷ Article L. 511-1, V du Code de commerce.

²⁸⁸ Cass. Req. 19 juillet 1939, S. 1939. 1. 289 ; Cass. req. 15 janvier 1940, S. 1940. 1. 31 ; Cass. com. 9 novembre 1970 et 9 mars 1976, préc. n° 44.

²⁸⁹ Cass. com. 3 avril 2002 [n° 98-15.193, Bull. civ. IV, n° 65, RJDA 8-9/2002, n° 930, Banque et droit, juillet-août 2002, p. 44, obs. T. BONNEAU, LPA., 11 septembre 2002, p. 7, obs. E.C.

²⁹⁰ D. GIBIRILA, Rép. Com. Dalloz. V. Lettre de change, 2009, n° 64.

d'origines législative et jurisprudentielle dont le défaut atteint le même résultat juridique. Autrement dit, il existe véritablement un formalisme de substitution dans la lettre de change.

B. L'identification d'une forme solennelle

92. La doctrine française envisage la forme solennelle comme étant d'origine légale. Or, il existe plusieurs cas ambigus pour lesquels on doit identifier la forme solennelle. Il s'agit alors de l'interprétation de la forme solennelle lorsqu'un texte légal exige la rédaction d'un écrit sans préciser la sanction de son défaut (1), et de la distinction entre la forme solennelle et la forme convenue (2).

1. L'interprétation de la forme solennelle

93. L'interprétation de la forme solennelle en droit français et en droit vietnamien s'oppose nettement. Dans le second, si un texte exige la rédaction d'un écrit pour tel ou tel contrat, cette condition est toujours celle d'une forme solennelle. En effet, l'article 124, alinéa 2 du Code civil vietnamien dispose : « quand la loi dispose qu'un acte de la vie civile doit être établi par écrit, authentifié, enregistré ou autorisé, le respect de ces formalités est obligatoire ». Dans la mesure où l'exigence de forme fait défaut, l'article 134 du même Code prévoit une sanction juridique : « lorsque la loi subordonne la validité d'un acte de la vie civile à l'accomplissement d'une condition de forme et que les contractants n'observent pas cette condition, le tribunal ou toute autorité publique compétente peut, à la demande de l'une ou de toutes les parties, fixer un délai dans lequel les parties doivent accomplir la condition prescrite. Si, au terme de ce délai, les parties ne s'y sont pas conformées, l'acte de la vie civile est réputé nul ». Cet article de portée générale, s'applique à toute inobservation de forme légale. Dans ce cas, l'on peut conclure que le droit vietnamien ne pose pas la question de l'interprétation de la forme solennelle.

94. A l'inverse, en droit français, si le législateur a prescrit parfois la rédaction d'un écrit sans énoncer la sanction attachée à l'inobservation de la règle déjà édictée, l'on peut hésiter sur le fait de savoir si cet écrit exigé l'est à titre de solennité ou, simplement, à titre de preuve. Si l'on adopte la première interprétation, la sanction sera la nullité. Si l'on suit la seconde, le contrat ne pourra, sauf exception, être prouvé ni par témoins, ni par présomptions ; toutefois, il pourra l'être par aveu ou par serment, auquel cas il produira tous ses effets.

Le droit français retient ces deux modes d'interprétation de la forme solennelle. Dans la première interprétation, la rédaction d'un écrit n'est, en principe, exigée qu'à des fins probatoires. Cette analyse se fonde sur l'idée selon laquelle le consensualisme est le principe et, en conséquence, toute disposition qui lui porte atteinte doit être expressément formulée²⁹¹. Aussi, dans le doute, l'exigence légale d'une forme est interprétée comme une simple atténuation au principe du consensualisme (règle de preuve), plutôt que comme une véritable dérogation à celui-ci (solennité). C'est en ce sens que la jurisprudence française s'est prononcée, à propos de la transaction civile dont l'application s'écarte, en matière commerciale²⁹², du contrat d'assurance²⁹³, des contrats d'édition²⁹⁴, de la cession des parts sociales²⁹⁵, des baux d'habitation²⁹⁶, etc. Dans cette situation, l'interprétation de la forme solennelle en faveur du consensualisme conduit la lecture de ces articles au risque de n'être qu'un rappel des articles 1341 et suivants du même Code civil français, qui imposent également la preuve écrite en matière de contrat, tout en permettant de la remplacer par des preuves considérées comme équivalentes. Ainsi interprétés, ces articles peuvent perdre toute utilité, excepté lorsqu'ils interdisent le recours à des preuves équivalentes, dans certains cas d'exception visés aux articles 1341 et suivants du Code civil. Par exemple, la preuve de ces contrats est soumise à l'exigence de l'écrit, même si l'intérêt en cause est inférieur à 1500 €²⁹⁷.

Dans la deuxième interprétation, en se fondant sur la thèse ci-dessus, la forme solennelle constitue un procédé visant à protéger la partie la plus faible du contrat²⁹⁸; la jurisprudence décide que la rédaction d'un écrit est une condition de validité. Cette solution s'applique à l'interprétation de la rédaction d'un écrit pour le contrat d'apprentissage²⁹⁹. Elle a pour finalité de protéger l'intérêt privé de l'apprenti, mais aussi l'intérêt public, car les entreprises qui forment des apprentis sont exonérées de la taxe d'apprentissage. Un autre

²⁹¹ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 177 et s. ; A. BENABENT, *op. cit.*, n° 105.

²⁹² Article 2044 du Code civil.

²⁹³ Article L. 112-3 du Code d'assurance.

²⁹⁴ L'article 131-2 du Code de la propriété intellectuelle.

²⁹⁵ Article 221-14 du Code de commerce.

²⁹⁶ Cf., aussi pour le contrat de l'architecte : Civ. 3^e, 11 juin 1986, D. 1987. 285, note A. GOURIO, pour l'article 11 du décret du 20 mars 1980.

²⁹⁷ Cass. civ. 8 janvier 1879, S. 1879.1.216 ; 9 juin 1947 ; Cass. 2^e civ. 26 juin 1975, Gaz. Pal. 1975.2, somm. 222.

²⁹⁸ Ph. REMY, *obs.*, Rev. trim. dr. civ. 1982, p. 430.

²⁹⁹ Soc. 29 janvier 1953 : D. 1953. 237, le 20 octobre 1965 : D. 1965. 811.

exemple concerne l'exigence d'un écrit du contrat de prêt d'argent qui est une condition de validité de la stipulation d'intérêts³⁰⁰. L'exigence d'une forme écrite est de « permettre une meilleure information d'une partie et de garantir l'intégrité de son consentement, le rôle probatoire de *l'instrumentum*, bien que non négligeable, ne paraît pas l'objectif principal du législateur qui recherche avant tout la protection du consentement »³⁰¹.

L'interprétation en faveur de la forme solennelle accentue la rigueur du formalisme. Elle se manifeste en présence de « règles de formes modernes », entendues comme étant « celles que la loi pose afin d'assurer une meilleure information de diverses catégories de contractants ». De fait, la jurisprudence renforce la protection de la partie faible, puisque l'obligation d'information sert principalement ses intérêts. L'on renvoie, à cet égard, aux développements consacrés à la protection du consommateur.

95. Dès lors, nous pouvons conclure qu'en droit français, afin de savoir si une forme constitue la preuve ou la validité du contrat, il faut rechercher, dans chaque cas, le but que le législateur a voulu atteindre en imposant la rédaction d'un écrit³⁰². En réalité, cette interprétation soulève de grandes difficultés dans sa mise en œuvre. En droit vietnamien, ces difficultés n'ont pas lieu en présence d'une conception générale de la forme solennelle³⁰³.

2. La forme convenue

96. La forme solennelle est une des conditions de validité du contrat. Il arrive parfois que les parties dans un accord préalable conviennent qu'un contrat, en principe consensuel, devrait être passé en respectant certaines formes³⁰⁴. Par exemple, elles peuvent convenir que la levée de l'option, dans une promesse de vente, doit se faire par l'envoi d'une lettre recommandée³⁰⁵. De ce fait, il convient de s'interroger sur la nature de la stipulation de la forme : serait-elle considérée comme une forme solennelle ?

³⁰⁰ Civ. 1^e, 24 juin 1981: Bull. civ., I, n° 233; R., p. 49; D. 1982. 397, note BOIZARD (1^{re} esp.); JCP 1982. II. 19713, note VASSEUR (3^e esp.); 14 février 1995: D. 1995. 340, note S. PIEDELIÈVRE; JCP 1995. II. 22402 note CHARTIER, 8 octobre 1996: Bull. civ. I, n° 34. Com. 18 février 1997: Bull. civ. IV, n° 52; R., p. 235.

³⁰¹ L. LEGIER, *op. cit.*, n° 168.

³⁰² J. GHESTIN, *Les obligations, le contrat*, éd, LGDJ, 1980, n° 277.

³⁰³ V. *supra*, n° 49.

³⁰⁴ Y. FLOUR, A. GHOZI, *Les conventions sur la forme*, Defrénois, 2000, Journée Jacques FLOUR, n° 37211, p. 913 ; S. SAUNIER, *Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français*, t. I, éd, Presses universitaires d'Aix-marseille, 2005, p. 362.

³⁰⁵ J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 436. Voir aussi M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 85.

97. En droit français, si les parties ont expressément subordonné la validité de leur accord à l’accomplissement d’une forme (rédaction d’un acte authentique ou d’un acte sous seing privé), le contrat n’existera qu’après la réalisation de cette forme. De ce point de vue, nous constatons que la forme que les parties s’imposent conventionnellement « en fixant le mode d’extériorisation du consentement dans le futur contrat »³⁰⁶ n’est pas la forme solennelle ; elle est d’une « autre nature que le formalisme qu’impose la loi »³⁰⁷. La différence de nature se traduit par deux aspects : d’une part, la forme solennelle supprime la liberté de choisir le mode d’expression de la volonté des parties. En tant qu’exception au consensualisme, elle ne peut avoir qu’une origine légale. Or, les parties sont libres de choisir le mode d’extériorisation du consentement dans la forme convenue. D’autre part, la sanction du défaut de forme solennelle est distincte de celle de forme convenue. Si la nullité apparaît comme la sanction de l’inobservation de la forme solennelle, les solutions sont différentes en matière de forme convenue³⁰⁸. « Il n’existe pas à notre connaissance de décision ayant sanctionné une exigence de forme conventionnelle par la nullité. Les sanctions conventionnelles de forme devraient plutôt trouver une sanction adéquate dans la caducité, s’agissant du sort réservé aux actes valables selon les exigences légales mais auxquelles il manque une condition de formation ou d’efficacité d’origine partielle ou totale volontaire »³⁰⁹. Ains, nous en déduisons que la forme convenue en droit français n’est pas la forme solennelle.

En revanche, la question doit se poser lorsque les parties n’ont pas précisé leurs intentions. L’écrit est-il stipulé pour former l’acte juridique ou uniquement pour le prouver ? Force est de constater qu’aucun texte légal en droit français ne traite de ce problème. Afin de connaître la réponse à cette question, il appartient aux juges de fond de lever l’ambiguïté en s’inspirant des circonstances de l’affaire et des comportements des parties³¹⁰. Ainsi en est-il, par exemple, de la clause qui prévoit que l’acte sous seing privé constatant l’accord des parties sur la chose et sur le prix, doit être réitéré par acte authentique, et qui différerait jusque-

³⁰⁶ M.-S. ZAKI, Le formalisme conventionnel, Illustration de la notion de contrat-cadre, Revue RIDC, 04/1984, n° 1, p. 1043.

³⁰⁷ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 139 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 436. J. CHEVALLIER, obs. Rev. civ. 1966, p. 529.

³⁰⁸ J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 431 et s.

³⁰⁹ V. FORRY, Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, éd., LGDJ, 2007, n° 158.

³¹⁰ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 139.

là du transfert de propriété³¹¹. Après des hésitations remarquées dans le passé, la jurisprudence française d'aujourd'hui décide que, sauf volonté claire de la part des parties, cette réitération est une simple modalité d'exécution du contrat que l'accord sur les éléments essentiels suffit à former³¹². D'une façon générale, si l'incertitude persiste encore, la jurisprudence française déciderait que l'écrit a été stipulé pour la preuve³¹³. Le contrat est donc formé dès l'échange des consentements, bien avant la rédaction de l'écrit. La doctrine justifie cette solution par le caractère exceptionnel du formalisme conventionnel par rapport au consensualisme³¹⁴. La dernière doit être d'interprétation étroite³¹⁵.

98. Alors que la forme convenue n'est pas réglementée par le Code civil français, elle est abordée d'une manière subtile en droit vietnamien. Il s'agit de l'article 404 du Code civil. Aux termes de ce texte, lorsque les parties conviennent dans un avant-contrat, de réaliser une convention par une forme, le contrat n'est formé qu'après que cette forme a été accomplie, sauf preuve contraire. En présence d'une telle disposition, la formation du contrat est subordonnée à la fois par les conditions de fond et par la forme convenue si cette dernière s'impose de manière conventionnelle aux parties.

Nous apprécions cette disposition ; en effet, elle présente un intérêt tout particulier pour les négociations à la fois longues et complexes, nécessitant la conclusion d'accords-cadres. Il est très fréquent qu'après de longues négociations, les parties signent un document informel appelé soit « Accord préliminaire », soit « Convention », soit « Lettre d'intention », contenant les termes de l'accord obtenu au moment, mais ils ne déclarent pas leur intention de rédiger un document formel ultérieurement (Sous réserve du contrat, Accord formel à suivre). Dans cette situation, si les deux parties ou une seule parmi elles, ne disent pas clairement qu'elles ont l'intention d'être liées avant la rédaction du document formel, il n'y aura pas de contrat avant le moment donné, même si les parties ont trouvé un accord sur tous les aspects

³¹¹ *Ibid.*

³¹² Par exemple, Civ. 3^e, 16 juillet 1974, D. 1974. 681, note MALAURIE ; Répertoire Defrénois 1975, art.30882, n° 3, p. 383, note AUBERT ; Com. 17 avril 1980, JCP éd. N, 1980.I.8848 ; Civ. 3^e, 14 janvier 1987, note J. SCHMIDT, D. 1988. 82.

³¹³ Par exemple, Civ. 12 décembre 1968, B. III, n° 548, p. 421 ; Civ. 5 février 1971, D. 1971, p. 281, rapport CORNUEY.

³¹⁴ A. WEIL, Fr. TERRE, Droit civil, Les obligations, éd., Dalloz, 1980, p. 143 ; Fr. GORE, Rapport général, in Association Henri Capitant 1968, Paris, 1972, p. 21 ; SOUCHON, Forme et preuve de contrat, France, 1979, p. 39 ; M.-S. ZAKE, *art. cit.*, n° 12, p. 1049 ; Ch. LARROUMET, Droit civil, Les obligations, Le contrat, t. III, 6^e, éd., Economica, 2007, n° 510.

³¹⁵ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 87.

pertinents de leur transaction. Effectivement, la règle de forme convenue en droit vietnamien permet d'exclure les difficultés d'interprétation des clauses de forme dans les actes et les contrats préparatoires puisqu'elles sont normalement considérées comme une condition de validité du contrat définitif.

99. Finalement, il faut constater que la forme convenue n'est pas une exception au principe du consensualisme, mais simplement une présomption logique quant à ce que les parties sont censées avoir voulu, sauf preuve contraire. D'ailleurs, elle n'est pas la forme solennelle puisqu'elle est extérieure à la notion de contrat solennel que nous avons précédemment abordée en droit comparé.

Section II. Le régime juridique du contrat solennel

100. Dans la section précédente, nous avons décelé les caractères du contrat solennel par rapport au contrat consensuel. Il convient maintenant de préciser la particularité de son régime à l'égard du contrat consensuel.

En effet, on a eu l'occasion d'aborder les caractères du contrat solennel en droit comparé sous l'étude de la forme solennelle. Celle-ci est une forme requise pour l'extériorisation du consentement des parties. A ce titre, elle se distingue bien de la forme libre du contrat consensuel et de la forme convenue. Pourtant, il nous faut, en réalité, remarquer que s'il existe une notion unique du contrat solennel en tant que catégorie juridique, il n'y a pas une seule forme solennelle, mais des formes solennelles entre lesquelles des différences importantes apparaissent (§1).

L'étude du régime juridique du contrat solennel en droit comparé contient non seulement la liste des formes solennelles occupant une place importante dans l'étude du régime juridique de cette catégorie des contrats, mais encore la sanction de l'inobservation de la forme solennelle (§ 2).

§ 1. Les diverses formes solennelles

101. Les contrats solennels sont très divers, tant en droit français qu'en droit vietnamien. Certains de ces contrats sont complexes alors que d'autres sont très simples. Tout au long de l'histoire du formalisme du contrat, on observe que l'évolution des contrats solennels s'est faite dans le sens d'une simplification des formes solennelles. Dans l'ancien droit romain, elles étaient très compliquées et matérialisaient l'acte juridique³¹⁶. En droit contemporain, en revanche, lorsque le principe du consensualisme domine, elles ne sont qu'une condition supplémentaire de formation, venant s'ajouter aux conditions de fond en vue de garantir la sécurité des relations contractuelles.

³¹⁶V. *supra*, n° 15.

Ainsi, la forme solennelle est très simple, comme c'est le cas lorsque la loi traditionnelle impose à la conclusion du contrat la rédaction d'un acte écrit qui peut être un acte authentique (A) ou un acte sous seing privé (B). Aujourd'hui, il faut, en outre, souligner que l'écrit est une des formes solennelles les plus répandues dans le droit contemporain, mais il n'est pas unique. En plus de cette forme, la loi impose toutefois des mentions obligatoires pour la conclusion de certains contrats (C).

A. L'acte authentique

102. Pour certains contrats assez rares, la forme solennelle consiste dans l'intervention d'un officier public qui confère l'authenticité aux contrats. C'est l'exigence la plus sévère ; elle s'inspire des raisons de l'information et de la protection des parties lorsqu'elles font des actes particulièrement importants et dangereux dans leur vie patrimoniale³¹⁷. L'acte authentique a alors pour objet d'éviter que ces contrats soient conclus sans réflexion et de protéger les parties contre toute pression extérieure³¹⁸.

103. En droit français, le Code civil 1804 vise quatre contrats principaux devant être rédigés par acte notarié : la donation³¹⁹, le contrat d'hypothèque³²⁰, le contrat de mariage³²¹, la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur³²². Les lois ultérieures y ont ajouté quelques autres contrats tels que la vente d'immeuble à construire à usage d'habitation ou professionnel et d'habitation³²³, ou encore le contrat de location-accession à la propriété³²⁴, etc...

Les contrats solennels du droit vietnamien sont-ils aussi les contrats solennels du droit français ? C'est une question qui doit être traitée en droit comparé. Tout d'abord, il importe de constater que la plupart des contrats que la loi française soumet à l'authenticité ne sont pas des contrats solennels dans le système juridique vietnamien, sauf le contrat de constitution

³¹⁷ X. LAGARDE, *art. cit.*, n° 11; NGUYEN Ngoc Dien, *op et loc cit.*,

³¹⁸ V. *supra*, n° 60 et s.

³¹⁹ Article 931 du Code civil.

³²⁰ Article 2416 du Code civil.

³²¹ Article 1394 du Code civil.

³²² Article 1250-2 du Code civil.

³²³ L. 261-11 du Code de la construction et de l'habitation.

³²⁴ Article 4 de la loi du 12 juillet 1984.

d'hypothèque³²⁵. Par exemple, le contrat de mariage, en droit français, est un contrat solennel alors qu'il est méconnu en droit vietnamien. Au Vietnam, il n'existe aucun contrat qui détermine le statut matrimonial des époux, fixe leurs droits respectifs sur les biens du ménage, ainsi que leur pouvoir. De fait, les époux sont soumis au régime de la communauté universelle ou exceptionnellement légale³²⁶. Ensuite, le contrat de donation en droit vietnamien se divise en deux types selon l'objet du contrat : la donation de biens meubles et la donation de biens immeubles. La donation d'un bien meuble est un contrat réel qui « prend effet dès l'instant où le donataire le reçoit »³²⁷. Néanmoins, la donation de biens immeubles est un contrat solennel dont la formation est subordonnée à diverses formalités (acte authentique et enregistrement)³²⁸. En droit français, la donation est un contrat solennel mais sa portée ne s'appliquerait qu'à la donation dont l'objet est l'immeuble. Le droit français a admis « la donation échappant au formalisme légal »³²⁹ dont le meuble est l'objet de prédilection. Enfin, le contrat de subrogation consentie par le débiteur est un contrat solennel en droit français tandis qu'il n'est qu'un contrat solennel en droit vietnamien si son objet concerne le bien immeuble³³⁰.

104. Quant à celui qui est habilité à conférer l'authenticité aux contrats solennels soumis à l'exigence d'un acte authentique, le droit français, pour les quatre contrats figurant dans le Code civil, confère au notaire « un monopole lorsqu'il s'agit de constater les conventions entre les particuliers »³³¹. Cela se traduit nettement dans les textes légaux. En effet, l'article 931 du Code civil dispose : « tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires » ; les termes sont les mêmes pour l'acte d'emprunt et la quittance, éléments de la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur³³². L'article 1394

³²⁵ En droits français et vietnamien, le contrat de constitution d'hypothèque est un contrat solennel. De ce point de vue, l'article 2416 du Code civil français dispose que « l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par l'acte notarié », à peine de nullité. De même, l'article 343 du Code civil vietnamien prévoit : « l'hypothèque doit être conclue par écrit ; elle peut faire l'objet d'un contrat séparé ou d'une clause insérée dans le contrat principal. L'acte écrit constituant une hypothèque doit être authentifié ou enregistré dans les cas prévus par la loi ».

³²⁶ Article 27 de la loi sur la famille et le mariage de 2000.

³²⁷ Article 466 du Code civil vietnamien

³²⁸ Article 467 du Code civil vietnamien.

³²⁹ H. LECUYER, *art. cit.*,

³³⁰ Article 316 du Code civil vietnamien. Voir également, arrêt n° 15/DSPT du 11 novembre 2003 de la Cour de la province de Vinh Long.

³³¹ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 290.

³³² Article 1250-2 du Code civil français.

dispose, quant à lui, que « toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire »³³³. Quant à l'article 2416 du même Code, il prescrit que « l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié ». Dans tous ces textes, l'exigence d'une forme authentique est toujours celle d'une forme notariée. L'authenticité ne saurait découler de sources autres. En réalité, le notaire détient un monopole d'authentification des contrats solennels. Les lois ultérieures ont ajouté d'autres contrats solennels dont l'un des plus notables est la vente d'immeuble à construire, lorsque celui-ci doit être à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation. Aux termes de l'article 261-11 du Code de la construction et de l'habitation, « le contrat doit être conclu par acte authentique », sous peine de nullité absolue³³⁴. De même, la loi du 12 juillet 1984 dispose, en ce qui concerne le contrat de location-cession dans le domaine immobilier, que « le contrat de location-accession est conclu par acte authentique »³³⁵, sous peine de nullité³³⁶. Ces textes réglementent la solennité qui est l'authenticité. A l'égard des contrats solennels prévus par les lois ultérieures, un certain nombre d'officiers publics peuvent être retenus pour rendre leur authenticité.

En revanche, en droit vietnamien, certaines personnes sont investies pour établir l'authenticité des contrats solennels, comme par exemple les officiers publics. L'article 2 du décret n° 75/2000/ND-CP relatif aux activités notariales du 8 décembre 2000 énonce que « le comité populaire de district, le comité populaire de commune et le notaire sont habilités à conférer l'authenticité aux contrats ». D'ailleurs, il importe de souligner que le notaire a également le droit de conférer l'authenticité aux contrats selon la loi notariale du 29 novembre 2006. En droit vietnamien, les comités locaux sont aussi habilités à le faire, ce qui est adapté à la pratique socio-économique du Vietnam. Cela s'explique par le fait que les activités notariales n'existent qu'en ville tandis qu'elles sont absentes dans des villages, notamment dans les montagnes éloignées.

105. Du point de vue de la forme, notamment concernant l'acte notarié, qu'il soit ou non solennels, il doit respecter certaines formalités. En droit français, la doctrine divise les

³³³ Article 1394 du Code civil français.

³³⁴ Civ. 3e, 5 décembre 1978, Bull. civ. III, n° 361, p. 277 ; JCP N 1979. II. 149, note B. STEMMER ; RD imm. 1979. 222, obs. J.-Cl. GROSLIERE et Ph. JESTAZ ; D. 1980. Jur. 219, note N. PHU DUC ; Les grands arrêts de droit immobilier, par l'équipe de recherche du Centre de recherches et d'études de droit immobilier de la faculté de droit d'Aix-Marseille III, sous la direction de J.-L. BERGEL, Dalloz, 2002, n° 75, p. 464, comm. C. BOUTY.

³³⁵ Article 4 de la loi du 12 juillet 1984.

³³⁶ Cass. 3^e civ. 13 décembre 2000 : Bull. civ. III, n° 191, Constr.-Urb. 2001, n° 27, obs. D. SIZAIRE.

formalités de l'acte notarié en deux catégories. Tout d'abord, les formalités, dites « réglementaires » sont sans incidence sur la validité de l'acte et leur défaut n'est sanctionné que par une amende. C'est ainsi que les règles de rédaction proprement dites – absence de blanc et de rature, numérotation des pages et mention du nombre de pages, sommes énoncées en lettres³³⁷, etc, – n'affectent pas, en principe, « le caractère authentique de l'acte et n'emportent que des sanctions limitées, telles la nullité de la mention manuscrite ajoutée dans un interligne au lieu de faire l'objet d'un renvoi paraphé par le notaire et les signataires de l'acte »³³⁸. Ensuite, d'autres règles de formalités dites « instrumentaires » sont nécessaires à la validité de l'acte. En effet, les actes notariés doivent être signés par les parties et le notaire, le cas échéant par les témoins. Le défaut de signature de l'une d'elles est donc sanctionné par la nullité de l'acte notarié, en application de l'article 23 du décret de 1971³³⁹.

106. Outre les formalités obligatoires pour tout acte notarié, la loi impose toutefois, pour certains actes solennels, des formes supplémentaires requises pour leur validité. Par exemple, selon l'article 1394 du Code civil français, « toutes conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec le consentement simultanés de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires ». Les formalités supplémentaires sont édictées à peine de nullité du contrat de mariage, la nullité pouvant résulter de l'absence d'une date unique : celle des signatures, qui sont obligatoirement simultanées, de toutes les parties concernées³⁴⁰. Ces exigences s'expliquent par diverses raisons. D'une part, la loi française a entendu « assurer la protection des intéressés. Elle a craint que l'on obtienne plus facilement des accords successifs qu'un accord simultané. D'autre part, la présence nécessaire de toutes les parties permet une discussion générale des clauses du contrat, favorisant l'obtention d'un consentement éclairé »³⁴¹.

Il en va de même pour l'article 261-11 du Code de la construction et de l'habitation, qui dispose que « le contrat doit être conclu par acte authentique et précise : 1° la description de l'immeuble ou de la partie d'immeuble vendu ; 2° son prix et les modalités de paiement de celui-ci ; 3° le délai de livraison ; 4° lorsqu'il revêt la forme prévue à l'article 1603-3 du Code

³³⁷ Articles 7 et suivants du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971.

³³⁸ J.-L. AUBERT, *La responsabilité civile des notaires*, 5^e, éd., Defrénois, 2008, n° 69.

³³⁹ Civ. 1^e, 28 novembre 1972 : JCP G 1973.II.17461, note DAGOT ; Defrénois 1973.933, note MORIN ; Civ, 1^e, 17 octobre 2007 : Bull, civ.I, n° 322.

³⁴⁰ Cass. civ. 29 mai 1854 : DP 1854, 1, p. 207 ; S. 1854, 1, p. 437. – Cass. 1^e civ., 5 février 1957 : JCP G 1957, II, 10051, note COLOMER ; D. 1957, 196.

³⁴¹ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 304.

civil, reproduit à l'article L. 261-3 du présent code, il doit garantir l'achèvement de l'immeuble ou du remboursement des versements effectués en cas de résolution du contrat à défaut d'achèvement », sous peine de nullité. Ces mentions obligatoires s'expliquent par le fait que le législateur veut satisfaire les impératifs du consentement, des tiers et de la sécurité juridique en droit de la construction³⁴².

107. En droit vietnamien, la loi édicte aussi les formalités de l'acte notarié. Ainsi, celui-ci doit indiquer « le nom et le lieu d'établissement du notaire »³⁴³ qui le reçoit, l'endroit où l'acte se conclut, la date de l'acte apposé par chaque partie. Il doit être écrit dans un même contexte, sans blanc ni surcharge ni interligne dans le corps de l'acte³⁴⁴. Il doit être signé par les parties et le notaire³⁴⁵. Observons dans ce cas que les formalités requises pour l'acte notarié du droit vietnamien sont similaires à celles du droit français. Ceci nous indique que le droit français influence le droit vietnamien en matière de droit notarial. En rédigeant la loi notariale, le législateur vietnamien s'est principalement inspiré droit français.

B. L'acte sous seing privé

108. De toute évidence, les contrats solennels ne sont pas tous des contrats devant être dressés par acte authentique. « La solennité consiste, à l'égard de certains d'entre eux, dans la nécessité de rédiger un écrit, lequel peut aussi bien être fait en forme authentique que sous seing privé »³⁴⁶.

109. Tout d'abord, il convient de citer les contrats devant être rédigés par écrit pour leur validité. Bon nombre d'exemples peuvent être puisés en droit français comme la cession du brevet d'invention³⁴⁷, les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle³⁴⁸, le contrat de promotion immobilière, lorsqu'il est relatif à un immeuble à

342 L. ATTUEL-MENDES, Protection générale et spéciale du consentement en matière de vente d'immeuble à construire, *Revue de droit immobilier* 2007 p. 379 et s.

³⁴³ Article 4 de la loi notariale du Vietnam.

³⁴⁴ Articles 40 et suivants de la loi notariée du Vietnam.

³⁴⁵ Article 5 de la loi notariée du Vietnam.

³⁴⁶ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, Contrat*, 6^e, éd., Litec. 1998, n° 226.

³⁴⁷ Article L. 613-8 du Code de la propriété intellectuelle.

³⁴⁸ Article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle.

usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation³⁴⁹, le contrat de construction d'une maison individuelle³⁵⁰, le contrat d'apprentissage³⁵¹, le contrat de travail à durée déterminée³⁵², le contrat de location³⁵³, le contrat de courtage matrimonial³⁵⁴, le contrat de vente de voyages ou de séjours³⁵⁵.

Comme le droit français, le droit vietnamien dispose aussi que la rédaction d'un écrit quelconque est la condition de validité pour tels ou tels contrats. Il est impossible d'énumérer la liste complète et l'on se borne à citer les plus communs : le bail de local d'habitation³⁵⁶, le contrat d'assurance³⁵⁷, la vente internationale de marchandises³⁵⁸, le contrat de promotion³⁵⁹, le contrat de publicité³⁶⁰, le contrat de représentation commerciale³⁶¹, le contrat de commission³⁶², le gage³⁶³, le nantissement³⁶⁴. Au regard de ces contrats, il importe de constater que l'écrit, condition de validité du contrat, est fréquemment utilisé pour les contrats en matière commerciale ; il présente en effet des avantages qui méritent d'être cités selon l'avis de la doctrine vietnamienne. L'écrit assure le consentement des parties et contrôle la validité au fond du contrat, ce qui diminue les possibilités d'annulation pour vice du consentement ou toute autre cause de nullité³⁶⁵.

³⁴⁹ Article L. 222-3 du Code de la construction et de l'habitation.

³⁵⁰ Article L. 231-1 et 231-2, et article L. 232-1 du Code de la construction et de l'habitation.

³⁵¹ Article L. 117-12 du Code du travail.

³⁵² Article L. 122-1 du Code du travail.

³⁵³ Article 3 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989.

³⁵⁴ Article 6 de la loi n° 89-421 du 23 juin 1989.

³⁵⁵ Articles 15 et 17 de la loi n° 92-645 du 13 juillet 1992.

³⁵⁶ Article 492 du Code civil vietnamien.

³⁵⁷ Article 570 du Code civil.

³⁵⁸ Article 27, alinéa 2 de la loi sur le commerce du Vietnam.

³⁵⁹ Article 90 de la loi sur le commerce du Vietnam.

³⁶⁰ Article 110 de la loi sur le commerce du Vietnam.

³⁶¹ Article 142 de la loi sur le commerce du Vietnam.

³⁶² Article 159 de la loi sur le commerce du Vietnam.

³⁶³ Article 327 du Code civil vietnamien du Vietnam.

³⁶⁴ Article 362 du Code civil.

³⁶⁵ V. par exemple, PHAM Hoang Giang, l'influence de la condition de forme sur la validité du contrat, *Revue de l'Etat et du droit*, n° 03/2007, p. 48 ; PHAM Van Cuong, *art. cit.*, p. 29.

110. Quant aux conditions de l'acte sous seing privé en droit français, en toute hypothèse, une condition indispensable est la signature des parties³⁶⁶. De fait, un acte authentique irrégulier peut valoir acte sous seing privé, s'il est au moins revêtu de la signature des parties³⁶⁷. Selon Mme GUERRIERO, la signature est « une marque personnelle identifiant le signataire, apposée volontairement, dans l'intention de signer »³⁶⁸. La signature, d'après la formule utilisée par IHERING pour la forme générale, est « le sceau de la volonté juridique arrêtée »³⁶⁹. Le rôle psychologique de la signature est bien connu, les parties ayant généralement conscience de ne s'engager qu'après l'avoir apposée. Dans le système juridique français, la signature n'est pas légalement définie. Cependant, des décisions de justice ont refusé d'assimiler à des signatures l'apposition d'une croix³⁷⁰. La croix « ne peut avoir la valeur d'une signature même lorsqu'elle est accompagnée de celle des témoins »³⁷¹, de simples initiales ou d'empreintes digitales, solution également affirmée à propos d'un simple commencement de preuve par écrit. La signature des parties est une condition exclusive pour la validité de l'acte sous seing privé en droit français.

Sous l'influence du droit français, la signature des parties constitue aussi une condition de validité de l'acte sous seing privé en droit vietnamien. L'article 404, alinéa 4 du Code civil précise que « le contrat passé par écrit est conclu au moment où la dernière partie signe l'acte ». A vrai dire, la signature est exigée à la fois pour identifier les contractants et attester de leur volonté. Mais en réalité, il n'existe aucune définition légale de la signature en droit vietnamien, même si elle est utilisée dans de nombreux domaines, et notamment en matière contractuelle. Cette absence de toute définition peut s'expliquer d'une part, par le fait que la signature apparaît comme une condition coutumière au Vietnam et d'autre part, parce qu'il s'agit d'une notion inhérente à l'esprit humain. C'est sans doute l'évidence du contenu de ce terme qui en exclut toute tentative de définition officielle.

C. Les mentions obligatoires

³⁶⁶ J. GHESTIN, *op. cit.* n° 686; Cass. 1^o civ., 30 oct. 2008, n° 07-20.001, F-D, CNP Assurances X et a. : JurisData n° 2008-045637; Contrats, conc. consom. 2009, comm. 1, note L. LEVENEUR.

³⁶⁷ Civ. 1^o, 11 juillet 1955 : Bull. civ.I, n° 294 ; 8 août 1967 : *ibid.*I, n° 106 ; RTD civ. 1968. 147 obs., CHAVALLIER.

³⁶⁸ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 326.

³⁶⁹ IHERING, *L'esprit du droit romain*, trad. MEULENAERE, 1877, t. 3, p. 179.

³⁷⁰ Par exemple, Cass. civ. 8 juillet. 1903 : D.P. 1903, 1, 507.

³⁷¹ Cass. civ. 15 mai 1934 : D.P. 1934, 1, 113.

111. Pour certains contrats, la loi n'exige pas seulement que le consentement des parties soit manifesté dans un écrit qui peut être sous seing privé. Elle exige, en outre, afin d'éviter des difficultés sur le degré de précision que l'écrit doit atteindre, des mentions obligatoires³⁷². Cette technique juridique est devenue un instrument important de mise en œuvre de l'obligation de renseignement qui pèse plus lourdement sur certaines parties. Le degré d'exigence varie considérablement d'une loi à l'autre et dépend du niveau de protection que le législateur désire accorder à tel ou tel contractant. Voici deux aspects principaux des mentions obligatoires que nous allons examiner : les mentions de la date et du lieu de formation (1) et les mentions obligatoires (2).

1. Les mentions de la date et du lieu de formation

112. En principe, la mention de la date n'est pas exigée pour la validité d'un acte sous seing privé en droit français. Exceptionnellement, la loi soumet certains contrats à une date précise. Par exemple, la date est une mention obligatoire pour la validité des effets de commerce : lettre de change³⁷³, billet à ordre³⁷⁴, bordereau³⁷⁵. En l'absence de cette mention, les effets de commerce sont nuls. Celle-ci permet de vérifier la capacité de son auteur, de déterminer l'échéance ou le délai de paiement et, dans le cas du bordereau, le point de départ, même à l'égard des tiers. La date est également imposée, à peine de nullité, pour le bulletin de souscription d'un plan épargne³⁷⁶, le bulletin de souscription d'actions³⁷⁷.

En droit vietnamien, la solution est similaire à celle du droit français. La date n'est pas, en règle générale, une condition de validité de l'acte sous seing privé, sauf lorsque la loi en décide autrement. Ainsi, l'article 16 de la loi du 29 novembre 2005 sur les effets de commerce dispose que la date est une condition de validité des effets de commerce. Cette solution a été inspirée du droit étranger, notamment du droit français que le rédacteur vietnamien a consulté en tant que référence principale.

113. Plus rarement, la loi française impose la mention du lieu de rédaction du contrat. En droit français, il y a un seul exemple relatif au contrat de démarchage financier.

³⁷² A. SINAY-CYTERMANN, Protection ou surprotection du consommateur, JCP éd., G. 1994.I.3804.

³⁷³ Article L. 511-1, I, 7° du Code de commerce.

³⁷⁴ Article L. 512-1, I, 6° du Code de commerce.

³⁷⁵ Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981.

³⁷⁶ L. 3 janvier 1972, art. 16.

³⁷⁷ D. 27 mars 1967, art. 61, al. 1er et 163, al. 1°.

Suivant l'article 16 de la loi du 3 janvier 1972 sur le sujet, ce contrat doit mentionner, à peine de nullité, le lieu et la date de la signature. Les textes sur les effets de commerce exigent aussi l'indication du lieu de l'émission de l'acte, mais son absence n'entraîne pas la nullité du titre qui est alors réputé souscrit dans un autre lieu. En revanche, en droit vietnamien, il n'existe aucun texte exigeant la mention du lieu de la rédaction du contrat, sauf pour le cas des effets de commerce comme en droit français.

2. Les mentions relatives à l'objet du contrat

114. Pour la validité d'un grand nombre de contrats solennels, la loi n'impose pas seulement la rédaction d'un écrit. Elle exige en outre que celui-ci comporte des mentions relatives à l'objet du contrat, en vue d'éviter des discussions ultérieures.

115. Ainsi en est-il, par exemple, du cas du contrat d'hypothèque aérienne en droit français. L'article L. 122-5 du Code de l'aviation civile dispose ainsi que l'hypothèque aérienne « doit mentionner chacun des éléments sur lesquels porte l'hypothèque ». D'autres articles sont plus exigeants et précisent davantage les indications qui doivent figurer sur l'écrit. Cette exigence des mentions obligatoires destinées à mieux informer les contractants, est fréquemment utilisée en droit social. Plus précisément, le contrat d'engagement maritime doit contenir un certain nombre de mentions obligatoires : le service pour lequel le marin s'engage, la fonction qu'il doit exercer, le montant des salaires et accessoires ou la base de détermination des profits, la durée du contrat, durée précise ou durée maximale, le délai de préavis en cas de résiliation unilatérale³⁷⁸, ou encore l'adresse et le numéro du téléphone de l'inspecteur du travail maritime³⁷⁹. L'article 9 du Code de travail maritime exige, en outre, une formalité particulière : « toutes clauses et stipulations du contrat d'engagement doivent à peine de nullité être annexées au rôle d'équipage ». On constate donc qu'une série de mentions obligatoires doivent être précisées pour le contrat d'engagement maritime. Cela s'explique par le fait que le législateur veut mieux protéger le consentement de la partie présumée être la plus faible³⁸⁰. De même, à propos du contrat d'apprentissage, l'article 117-11 du Code de travail doit préciser « le nom du ou des maîtres d'apprentissage, les titres ou diplômes dont ils sont titulaires et la durée de leur expérience professionnelle dans l'activité

³⁷⁸ Articles 10-1 et 11 du Code de travail maritime.

³⁷⁹ Article 9, alinéa 2 du Code de travail maritime.

³⁸⁰ Ch. BOURRIER, La faiblesse d'une partie au contrat, éd, Bruyant, 2003, n° 90.

en relation avec la qualification recherchée ». La justification de ce contrat est analogue à celle du contrat d'engagement maritime précité.

Surtout, les mentions obligatoires sont très utilisées en droit de la consommation en vue de protéger la partie présumée la plus faible dans les relations contractuelles. Tel est le cas du droit de la construction ou de certaines opérations immobilières dans lesquelles plusieurs textes spéciaux imposent, à peine de nullité, un écrit qui, dans certains cas doit être authentique, et où figurent obligatoirement des renseignements relatifs à l'immeuble, au coût des travaux, au délai de livraison. En effet, l'article 261-11 du Code de la construction et de l'habitation dispose que la vente d'immeuble à construire doit préciser les mentions suivantes : la description de l'immeuble ou de la partie de l'immeuble vendu ; b) son prix, les modalités de paiement de ce prix ; c) le délai de livraison de l'immeuble, qu'il ne faut pas confondre avec le délai d'achèvement ; d) les garanties de bonne fin, lorsque la vente revêt la forme d'une vente en l'état futur d'achèvement ; e) la condition suspensive de l'obtention des prêts des articles 16 et suivants de la loi du 13 juillet 1979, devenus les articles L. 312-15 et suivants du Code de la consommation ; f) enfin, l'article L. 261-11 mentionne encore la notification du plan de financement de l'opération de construction lorsque le vendeur a obtenu, avant la conclusion du contrat, un prêt spécial à la construction de la part du Crédit foncier ou du Comptoir des entrepreneurs ; cependant, ces prêts ont pratiquement disparu depuis la loi n° 77-1 du 3 janvier 1977 portant réforme du financement de la construction. Cette solution est alors destinée à protéger le consentement des acquéreurs³⁸¹.

116. En droit vietnamien, il existe aussi certains contrats dont la validité dépend de la rédaction des mentions obligatoires, comme en droit français. A titre d'exemple, l'on peut citer certains contrats en matière immobilière. L'article 70 de la loi du 29 juin 2006 sur les opérations immobilières dispose que la vente de l'immeuble à construire doit contenir les mentions suivantes : « 1° Identification des parties ; 2° Informations relatives à l'immeuble énoncées à l'aliéna 3 de l'article 11 de la présente loi ; 3° Prix ; 4° Modalités et délai de paiement ; 4° Délai de livraison de l'immeuble ; 5° Droits et obligations des parties, 6° Garantie ; 7° Clause du différend ». L'article suivant de la même loi dispose aussi que le contrat de transfert du droit d'usage d'un fonds de terre doit comporter les éléments suivants : « 1° Nom, prénom et adresse des parties ; 2° Droits et obligations des parties ; 3° Informations relatives au droit d'usage du fond de terre ; 4° Prix ; 5° Modalités et délai de

³⁸¹ L. ATTUEL-MENDES, Protection générale et spéciale du consentement en matière de vente d'immeuble à construire, RD imm., 2007, p. 379 et s.

paiement ; 6° Délai de livraison du fond de terre ; 7° Clause du différend ». De même, l'article 704 du Code civil vietnamien précise les éléments essentiels pour le contrat de location du droit d'usage d'un fonds de terre : « 1° Nom, prénom et adresse des parties ; 2° Droits et obligations des parties ; 3° Type, catégorie, superficie, location, références, limites séparatives et état du fonds loué ; 4° Durée de la location ; 5° Montant du loyer ; 6° Modalités et délai de paiement ; 7° Droits des tiers sur le fonds loué, s'il y a lieu ; 8° Responsabilité de chaque partie en cas de violation du contrat ; 9° Suite à donner à l'expiration du contrat de location ». Enfin, en matière de travail maritime, l'article 57, alinéa 2 de la loi du 14 juin 2005 sur la mer règlemente le contrat d'un engagement maritime qui doit contenir un certain nombre de mentions obligatoires : « a) Nom et adresse du représentant de l'entreprise maritime ; b) Nom et adresse du marin ; c) Service pour lequel le marin s'engage ; d) Durée du contrat ; e) Salaire ; f) Sécurité sociale maritime ; g) Droits et obligations du représentant de l'entreprise maritime ». La justification de cette solution, en droit vietnamien, comme on l'a montré en droit français, est de protéger la partie présumée la plus faible du contrat.

Il est intéressant de savoir si ces mentions constituent une condition obligatoire de formation du contrat en droit vietnamien ? De toute évidence, si la loi précise les mentions qui sont qualifiées de condition de formation du contrat, leur absence doit être sanctionnée par la nullité. Il s'agit donc de contrats solennels. Toutefois, si la loi vietnamienne énonce des mentions pour tels ou tels contrats sans préciser cette exigence, peuvent-ils être considérés comme un contrat solennel ? A l'heure actuelle, cette question n'est pas encore traitée à en droit vietnamien. Elle se posera un jour.

§ 2. La sanction de l'inobservation de la forme solennelle

117. Puisque la forme solennelle est une condition de validité du contrat, l'accord des volontés n'établit aucune relation contractuelle si elle fait défaut. Dans cette hypothèse, le contrat n'existe pas et ne peut donc produire aucun effet juridique. Cette solution s'applique également, lorsque les parties ont manifesté leur volonté dans une forme autre que la forme légale, même très proche, ainsi que cela a été démontré ; l'utilisation d'une forme autre que la forme légale équivaut à une absence de forme.

Néanmoins, les difficultés majeures qui apparaissent à propos de la sanction de l'inobservation de la forme solennelle se manifestent selon deux points distincts. D'une part, c'est la difficulté de déterminer la sanction exacte de l'inobservation de la forme solennelle. Tous les auteurs sont d'accord pour admettre qu'en l'absence d'une telle forme le contrat n'est pas valable. Or, l'unanimité s'arrête là. Pour les uns, en l'absence de la forme solennelle, le contrat n'est pas seulement nul, il est inexistant. En revanche, l'on sait que la notion d'inexistence est très contestée en droit français ; en conséquence, la majorité des auteurs considèrent que le contrat qui ne respecte pas la forme solennelle est nul, nullité qui doit être absolue dans l'opinion qui distingue radicalement la nullité absolue de la nullité relative. En outre, certains textes de lois ultérieures tirent de l'inobservation de la forme solennelle des conséquences qui sont normalement celles de la nullité relative, et non celles de la nullité absolue. D'autre part, la loi française ne précise pas le régime de l'inobservation de la forme solennelle. En réalité, plusieurs textes disposent de conséquences variables pour l'inobservation de la forme solennelle. De toute évidence, ces solutions sont autant d'exceptions aux règles généralement admises concernant le régime de la nullité.

118. Face à ces incertitudes, il ne suffit pas de remarquer que la sanction de l'inobservation de la forme solennelle est inexistante ou nulle ; un seul régime juridique découle de son inobservation. Ainsi, une étude sur le sujet s'avère nécessaire en vue de mieux la connaître.

Cette étude comprend deux sous-développements : la détermination de la sanction de l'inobservation de la forme solennelle (A) et le régime juridique de la sanction de la forme solennelle (B).

A. La détermination de la sanction

119. D'une façon générale, la détermination de la sanction de l'inobservation de la forme solennelle présente aussi quelques caractères divergents entre le droit français et le droit vietnamien. En droit français, celle-ci est vivement discutée au plan doctrinal alors qu'en droit vietnamien, les auteurs sont d'accord pour soutenir que la nullité est la sanction unique de l'inobservation de la forme solennelle.

1. L'inexistence ou la nullité

120. Selon certains auteurs, l'inobservation de la forme solennelle est sanctionnée par l'inexistence. Cette opinion, élaborée par la doctrine du XIX^e siècle, certainement

influencée par la maxime « forme donne l'être à la chose », voyait dans la transgression du rite une atteinte à ce qui fait l'essence de l'acte juridique solennel. Ainsi, AUBRY et RAU ont écrit : « l'acte qui ne réunit pas les éléments de fait que suppose sa nature ou son objet, et en l'absence desquels il est logiquement impossible d'en concevoir l'existence, doit être considéré non pas seulement comme nul, mais comme non avenu ; il en est de même de l'acte qui n'a pas été accompagné des conditions et des solennités indispensables à son existence »³⁸².

Hostile aux conséquences liées à l'inexistence, la doctrine contemporaine critique cette analyse et se prononce en faveur de la nullité. Certains auteurs répudient la notion de l'inexistence, expliquant que celle-ci est inutile et dangereuse³⁸³. D'autres « considèrent que la forme solennelle est une condition artificielle de validité sans laquelle l'acte se concevrait, malgré tout, fort bien et qui ne peut donc priver l'acte de son existence. En son absence, l'acte peut avoir une apparence d'acte ; il faut donc une intervention du juge pour détruire cette apparence car nul ne peut se faire justice à soi-même »³⁸⁴.

121. A notre avis, la forme solennelle en droit français est une forme impérativement déterminée pour l'extériorisation de la volonté des parties. Ainsi, si la volonté se manifeste en dehors des formes requises (que la solennité ait été omise ou seulement mal accomplie), elle ne crée aucun lien d'obligation contractuelle. Dans cette hypothèse, « l'absence d'extériorisation constitue, lorsque l'acte juridique envisagé était solennel, à la fois un vice de fond et un vice de forme »³⁸⁵. Ainsi donc, la sanction de l'inobservation de la forme solennelle ne peut pas être l'inexistence mais seulement la nullité.

De plus, on remarque que lorsqu'un texte légal prévoit l'inobservation des formes solennelles, il doit être sanctionné par la nullité du contrat. Ainsi en est-il, par exemple de l'article 261-11 du Code de la construction et de l'habitation. Aux termes de ce texte, « cette nullité ne peut être invoquée que par l'acquéreur et avant l'achèvement des travaux »³⁸⁶. De même, on ne peut, non plus, parler d'inexistence à propos du contrat d'apprentissage qui n'est pas rédigé sous une forme écrite. Il existe, mais il est nul pour inobservation de la forme

³⁸² AUBRY et RAU, *Droit civil français, Les obligations*, t. IV, 6^e, éd., par BARTIN, 1942.

³⁸³ RIPERT et BOULANGER, t. 1, n° 628 et suivants ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques : essai d'une théorie nouvelle*, éd., LGDJ, 1909, p. 183 et suivants.

³⁸⁴ M-A. GUERRIERO, *op.cit.*, p. 360. Voir aussi, J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 739.

³⁸⁵ M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, thèse, Paris XII, 1996, n° 297.

³⁸⁶ Article 261-11 du Code de la construction et de l'habitation français.

légale. C'est bien ce qu'admet, la Cour de cassation française qui prononce la nullité des contrats d'apprentissage qui ne sont pas rédigés par écrit en vue de protéger les jeunes travailleurs³⁸⁷. Au total, on constate que la sanction de l'inobservation de la forme solennelle n'est pas l'inexistence, mais la nullité.

122. Au Vietnam, la théorie de l'inexistence est absente dans l'opinion de la doctrine vietnamienne puisqu'elle est sans fondement certain, et manque de logique. Cela s'explique travers les raisons suivantes. Sur le plan de la théorie, dire qu'un contrat est inexistant consiste à accorder la qualification de contrat aux faits dont on parle, ce qui laisse supposer au contraire l'existence du contrat. En outre, lorsqu'un contrat est conclu au mépris d'une condition imposée par la loi, l'on dit qu'il est inexistant. Dans ce cas, le contrat qui n'est pas valable est inexistant. Sur le plan de la pratique, à partir du moment où un jugement s'avère nécessaire pour constater l'inobservation d'une condition de validité d'un contrat, la notion d'inexistence n'apporte rien par rapport à celle de la nullité, sauf l'imprescriptibilité de l'action en constatation de l'inexistence. Ceci a une conséquence sur la sanction de l'inobservation de la forme solennelle en droit vietnamien. Lorsqu'elle n'est pas respectée, l'acte juridique doit être frappé de nullité.

2. La nullité absolue et la nullité relative

123. Concernant la qualification de la nullité en cas d'inobservation de la forme solennelle, le droit français s'éloigne encore du droit vietnamien. En droit français, la nullité encourue est, tantôt, la nullité absolue, tantôt, la nullité relative selon le but de la forme solennelle que vise le législateur, tandis qu'en droit vietnamien, cette distinction reste méconnue.

124. Observons en général que la nullité, dans le système juridique français, causée par l'inobservation d'une condition de formation du contrat est dominée par une distinction fondamentale entre la nullité absolue et la nullité relative³⁸⁸. La première est édictée dans un but d'intérêt général, alors que la seconde a pour finalité de protéger des intérêts privés³⁸⁹. Lorsque cette qualification s'applique à la nullité sanctionnant le défaut d'accomplissement de la forme solennelle, la plupart des auteurs estiment que la violation de la forme solennelle a

³⁸⁷ Y. SELIER, Rép. Trav, V. Apprentissage, n° 2.

³⁸⁸ Ch. LARROUMET, Droit civil, Les obligations, Le contrat, Conditions de formation, 6^e, éd., Economica, 2007, n°527.

³⁸⁹ B. STARK, H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, n° 1007.

pour sanction une nullité absolue³⁹⁰. Ceci s'appuie sur le fait que même si la forme solennelle a parfois pour but la protection des parties, elle tend généralement à la protection de l'intérêt général ou du moins, d'un intérêt privé général³⁹¹. Plus précisément, la forme notariée imposée au contrat de donation est destinée à protéger à la fois le donateur et sa famille (le patrimoine de la famille) et l'ordre public successoral ; l'hypothèque conventionnelle consentie par le débiteur, le constituant et le créancier et plus généralement le crédit ; le contrat de mariage, les époux et le patrimoine familial. Or, lorsque les intérêts publics et privés s'entremêlent, il est normal de faire prévaloir l'intérêt général. De cette façon, il convient de constater que si la volonté doit être manifestée selon une forme impérative, laquelle est une condition de formation du contrat, toujours déterminée en vue de l'intérêt général³⁹² : c'est sans doute pourquoi on estime que la nullité des formes solennelles doit être absolue.

Toutefois, en prenant appui sur les composantes du régime de la nullité relative, certains auteurs estiment que les formes, mêmes solennelles, ne devraient être sanctionnées que par une nullité relative pour tels ou tels contrats solennels³⁹³. Ainsi en est-il, par exemple, de l'article 211-11 du Code de la construction et de l'habitation, « l'inobservation des dispositions du présent article entraîne la nullité du contrat. Cette nullité ne peut être invoquée que par l'acquéreur et avant l'achèvement des travaux ». L'article 222-3 du même Code dispose également : « l'inobservation des dispositions du présent article entraîne la nullité du contrat de promotion immobilière. Cette nullité ne peut être invoquée que par le maître de l'ouvrage et jusqu'à l'achèvement des travaux ». La nullité dans ces cas, ne peut être invoquée que par un seul intéressé et pendant un bref délai. Ce sont les caractères de la nullité relative. C'est pourquoi ces auteurs concluent que la nullité sanctionnant l'inobservation de la forme solennelle peut être relative.

D'après nous, la qualification d'une nullité (absolue ou relative) à partir d'une règle de régime de la nullité, pour la sanction de l'inobservation de la forme solennelle, est

³⁹⁰ Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 541 ; V. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 22^e, éd., 2000, n° 48 ; M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 355-398 ; A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 12^e, éd., Montchrestien, 2010, n° 208.

³⁹¹ G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, éd., LGDJ., 1972, n° 276 ; Civ. 1^e, 29 novembre 1989, D. 1990, IR 7 ; JCP 90, IV, 29 (défaut de signature du notaire).

³⁹² Ph. MALAURIE, et L. AYNES, *Succession, Libéralités*, éd., Cujas, 2000, n° 393.

³⁹³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, 1^o. L'acte juridique, 14^e, éd., S., 2010, n° 354.

particulièrement hasardeuse. Selon cette qualification, chaque catégorie de nullité a le même caractère obéissant toujours au même régime. Or, cela n'a jamais été démontré. En effet, les diverses conséquences tirent du caractère et du fondement, différents de la nullité absolue et de la nullité relative, ne sont pas indissolublement liées. S'il est vrai, en général, que la nullité absolue peut être invoquée par tout intéressé, cette règle n'est cependant pas intangible. Rien n'empêche le législateur d'y déroger et de prévoir, dans une quelconque hypothèse, qu'une nullité qui sanctionne une atteinte à un intérêt général, ne pourra être invoquée par un ou plusieurs intéressés limitativement déterminés, et à qui l'action est réservée, ou qu'une telle nullité ne peut être invoquée que pendant un bref délai.

125. En droit vietnamien, la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative n'est pas donnée par le Code civil, de sorte que les termes de nullité absolue et de nullité relative ne sont pas toujours employés dans le système juridique. A vrai dire, le droit vietnamien est plus sommaire que le droit français en ce qui concerne les dispositions relatives à la nullité du contrat. Il n'envisage, dans certains articles du Code civil, que telle ou telle condition de validité, sans consacrer de texte particulier au régime de la nullité.

Ainsi, la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative à propos de la nullité de la forme solennelle, en droit vietnamien, n'est pas évoquée. Lorsque l'on compare la nullité sanctionnant la transgression de la forme solennelle avec le régime de nullité en droit français, l'on ne peut pas déterminer si la nullité de la forme solennelle est absolue ou relative. Cela est justifié par le fait que la dernière a pour finalité de protéger à la fois des intérêts privés et l'intérêt public. Si elle est édictée dans la protection des intérêts privés, elle a aussi pour but de protéger l'intérêt public car les deux finalités sont étroitement mêlées.

De cette façon, la nullité en cas de vice de forme solennelle, en droit vietnamien, présente des caractères relevant tant de la nullité absolue que de la nullité relative. D'une part, quand la nullité en cas de manquement à l'exigence d'une forme solennelle sanctionne la transgression d'une règle protectrice des intérêts privés, son régime juridique sera défini au regard des objectifs qu'elle poursuit : l'inobservation de la forme solennelle peut être régularisée ; le délai de prescription de l'action en nullité est très court. D'autre part, quand la nullité sanctionne l'inobservation de la forme solennelle en se caractérisant par les caractères de la nullité absolue : cette thèse n'est, en principe, pas possible. C'est pourquoi, la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative fondée sur l'intérêt protégé apparaît peu pertinent pour celle attachée au défaut d'accomplissement de la forme solennelle en droit vietnamien.

126. La sanction de l'inobservation de la forme solennelle dans les deux systèmes juridiques doit être la nullité sans qu'il soit nécessaire de distinguer selon que la nullité est relative ou absolue. La qualification (absolue ou relative) de la nullité sanctionnant l'exigence d'une forme solennelle est relativement aventureuse. En réalité, le régime de la nullité en ce cas transcende la distinction des nullités absolue et relative. Cette observation s'explique facilement compte tenu de la pluralité des finalités de la forme solennelle que le législateur a voulu rechercher³⁹⁴.

B. Le régime de la nullité

127. Le régime de la nullité attachée au défaut d'accomplissement de la forme solennelle consiste en deux éléments : l'action en nullité (1) et les effets de la nullité (2).

1. L'action en nullité

128. L'action qui vise à prononcer la nullité sanctionnant l'inobservation de la forme solennelle s'exerce selon certaines modalités (a). Par ailleurs, le droit d'invoquer cette nullité peut être atteint par certaines causes d'extinction (b).

a. Titulaires de l'action en nullité

129. Les personnes, en droit français, qui peuvent invoquer la nullité sanctionnant l'inobservation de la forme solennelle ne dépendent pas des divers types de nullité ; mais elles sont qualifiées suivant les finalités de la forme solennelle que le législateur a entendu protéger. A la différence du droit français, le droit vietnamien n'autorise que les contractants à se prévaloir du défaut d'accomplissement de la forme solennelle dans son ensemble.

130. En droit français, le but de la forme solennelle, selon l'appréciation du législateur, détermine les personnes qui ont la possibilité d'invoquer la nullité attachée à défaut de son accomplissement. Si cette dernière est édictée dans l'intérêt général, la nullité peut être demandée par tout intéressé sans autre condition, car toute personne y ayant intérêt peut, normalement, se prévaloir du défaut d'accomplissement de la forme solennelle. Ainsi en est-il d'abord des parties au contrat, « même si le vice leur est imputable »³⁹⁵. Cette solution est « une conséquence logique du rôle de la forme dans la formation du contrat solennel ; celui-ci n'est pas formé lorsque la forme légale n'a pas été observée »³⁹⁶. Les tiers peuvent

³⁹⁴ J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 384.

³⁹⁵ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 372.

³⁹⁶ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 371.

ensuite agir en nullité attachée au défaut d’accomplissement de la forme solennelle s’ils justifient d’un intérêt protégé. Tel est le cas des héritiers du donateur qui peuvent agir en nullité d’une donation où manque la signature d’un des témoins instrumentaires³⁹⁷ ou du créancier des époux, qui peut demander la nullité d’un contrat de mariage pour défaut de forme énoncée par l’article 1394 du Code civil français. Enfin, dans le droit positif, les représentants de l’autorité publique peuvent agir en nullité pour vice de forme solennelle dans certaines situations prévues par la loi. Tel est le cas du « parquet, chargé de veiller à l’exécution des lois, qui peut se manifester comme une partie principale en introduisant lui-même l’action en nullité, au cas où les parties s’abstiendraient de le faire »³⁹⁸. Par ailleurs, aux termes de l’article 422 du Code de procédure civile français, « le ministère public agit d’office dans les cas spécifiés par la loi ». L’article 423 énonce qu’ « en dehors de ces cas, il peut agir pour la défense de l’ordre public à l’occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ». Or, dans la pratique judiciaire, à notre avis, le ministère public s’abstient de demander la nullité pour défaut d’accomplissement de la forme solennelle. Pour cette raison, nous constatons que ces textes légaux du droit français restent purement théoriques.

En revanche, si la forme solennelle a pour finalité d’assurer la protection d’intérêts privés, son inobservation ne peut être invoquée que par la ou les personnes que la loi a voulu protéger en établissant la nullité³⁹⁹. Tel est le cas de la forme solennelle dans le contrat de promotion immobilière ou le contrat de vente d’immeuble à construire lorsque celui-ci doit être à usage d’habitation ou à usage professionnel et d’habitation, à défaut d’accomplissement de cette condition les seules personnes que la loi vise à protéger peuvent invoquer la nullité. Plus précisément, l’article 261-11 du Code de la construction et de l’habitation dispose que « l’inobservation des dispositions du présent article entraîne la nullité du contrat. Cette nullité ne peut être invoquée que par l’acquéreur et avant l’achèvement des travaux ». L’article 222-3 du même Code énonce aussi que « l’inobservation des dispositions du présent article entraîne la nullité du contrat de promotion immobilière. Cette nullité ne peut être invoquée que par le maître de l’ouvrage et jusqu’à l’achèvement des travaux », etc. Dans tous ces cas, la nullité sanctionnant le vice de forme solennelle ne peut être invoquée que par une seule partie du

³⁹⁷ Civ. 15 juin 1962, Gaz. Pal. II. 182, D. 1962. 529.

³⁹⁸ B. STRARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, 6^e, éd., Litec, 1998, n° 1024.

³⁹⁹ V. DELAPORTE, *Recherche sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse, Université de Paris I, 1974, n° 44.

contrat, c'est-à-dire l'acquéreur. La justification de ces solutions réside dans le souci du législateur de restreindre la nullité afin d'assurer la stabilité des relations contractuelles.

Force est donc de constater que la détermination des sujets en droit français ayant la qualité d'invoquer la nullité attachée au défaut d'accomplissement de la forme solennelle dépend de sa finalité prévue par le législateur. En effet, si elle est imposée pour l'intérêt général, la nullité peut être invoquée par tout intéressé. Au contraire, si elle a pour objectif d'assurer la protection des intérêts privés, la sanction de son absence est demandée par les personnes que la loi a entendu protéger. En définitive, si l'on veut connaître celui qui a le droit d'invoquer la nullité attachée au défaut de la forme solennelle, on doit identifier la finalité que le législateur entend atteindre en imposant une forme légale.

131. En droit vietnamien, la détermination des personnes pouvant invoquer la nullité sanctionnant l'inobservation de la forme solennelle reste très simple grâce à un article consacré au sujet. Il s'agit de l'article 134 du Code civil vietnamien. Aux termes de cet article, « lorsque la loi subordonne la validité d'un acte de la vie civile à l'accomplissement d'une condition de forme et que les contractants n'observent pas cette condition, le tribunal ou toute autorité publique compétente peut, à la demande de l'une ou de toutes les parties, fixer un délai dans lequel les parties doivent accomplir la condition prescrite. Si à l'expiration de ce délai, les parties ne s'y sont pas conformées, l'acte de la vie civile est réputé nul ». Ce texte confère le droit d'invoquer la nullité attachée au défaut d'accomplissement de la forme légale aux seules parties. Ceci étant, les personnes qui ne participent pas à la formation du contrat ne peuvent pas demander la nullité sanctionnant l'inobservation de la forme solennelle.

Cela nous indique donc que le nombre de personnes ayant le droit d'invoquer la nullité résultant de l'inobservation de la forme solennelle au Vietnam est limitatif par rapport au droit français. En droit vietnamien, les parties peuvent se prévaloir du défaut d'accomplissement de la forme solennelle sans exception alors qu'en droit français, les titulaires susceptibles d'invoquer la nullité du vice de forme solennelle dépendent de la finalité de la forme solennelle à laquelle le législateur a entendu aboutir. On constate donc que la règle de la forme solennelle du droit français apparaît comme un instrument légal destiné à garantir la sécurité juridique. Celle du droit vietnamien n'est pas vraiment convaincante.

b. Extinction de l'action en nullité

132. Le droit d'invoquer la nullité « peut s'éteindre soit par la confirmation de l'acte nul, soit par sa régularisation, soit, enfin, du fait de la prescription extinctive »⁴⁰⁰. En conséquence, on s'interroge sur l'application de ces règles en matière de nullité sanctionnant la forme solennelle.

133. La confirmation est « l'acte par lequel une personne renonce unilatéralement à se prévaloir de la nullité relative d'un acte juridique et qui, exprès ou tacite, peut résulter d'une exécution spontanée »⁴⁰¹. Elle ne s'applique cependant pas à la nullité sanctionnant le vice de forme solennelle, même si celle-ci est relative⁴⁰². Si l'acte juridique dont la forme requise est irrégulière doit être refait afin qu'il prenne ses effets juridiques, le nouvel acte se substitue sans rétroactivité à l'acte irrégulier de forme légale⁴⁰³.

L'article 1339 du Code civil français prévoit ainsi que « le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs, nulle en la forme ; il faut qu'elle soit refaite en la forme légale ». « Cette solution est générale et vaut pour tous les actes juridiques solennels. Permettre à l'auteur d'un acte juridique solennel, nul pour inobservation de la forme légale, de le confirmer serait l'autoriser à éluder la forme solennelle »⁴⁰⁴. De même, la nullité d'un contrat de mariage pour défaut de présence et de consentement simultanés des deux époux à l'acte ne peut pas être couverte par un acte postérieur de confirmation⁴⁰⁵ ; l'acte doit être refait dans la forme légale⁴⁰⁶. Encore, une donation nulle pour défaut d'acte notarié n'est pas confirmée par son exécution. L'acte nul doit être réparé dans la forme légale, et ne produit ses effets juridiques qu'en ce jour-là.

Cependant, il existe une exception à la règle de l'article 1339 du Code civil français. L'article 1340 du même Code dispose que « la confirmation ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception ». Ce texte permet aux héritiers du donateur de confirmer l'absence des formes impérativement

⁴⁰⁰ Y. PICOD, Rép. Civ. Dalloz, V. Nullité, 2010, n° 44.

⁴⁰¹ G. CORNU, Vocabulaire juridique, éd., PUF, 2007, 8^e, « Confirmation ». p. 205.

⁴⁰² J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, 14^e, éd., Sirey, 2010, n° 346.

⁴⁰³ Civ. 1^e, 4 mai 1966, D. 1966. 553, note MALAURIE.

⁴⁰⁴ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 376.

⁴⁰⁵ G. COUTURIER, La confirmation des actes nuls, éd., LGDJ, 1972, n° 274.

⁴⁰⁶ Cass. civ., 26 avril 1869 : S. 1869, 1, p. 297 ; DP 1869, 1, p. 246. – Cf. PONSARD, *op. cit.* n° 71, p. 138.

énoncées par l'article 931 du Code civil comme le défaut de signature d'une des parties⁴⁰⁷ ou celui de procuration authentique⁴⁰⁸. Le fondement de ce texte a soulevé quelques difficultés, mais suivant la doctrine dominante, « après le décès du donateur, les règles ne protègent plus que l'intérêt privé de la famille »⁴⁰⁹. Les héritiers, maîtres de leur droit, peuvent dans ces conditions abdiquer la protection légale : « le donateur mort, ses héritiers sont mis à même d'agir pour défendre leur droit ; s'ils y renoncent, c'est qu'ils reconnaissent que la donation était loyale et la volonté de leur auteur pleinement libre. La loi n'a pas à se montrer plus difficile qu'eux »⁴¹⁰. Plus généralement, « la nullité doit être considérée comme relative, le droit critique étant réservé aux héritiers, à ceux dont la confirmation est admise aux termes de l'article 1340 »⁴¹¹.

En droit vietnamien, le terme de « confirmation » est méconnu pour deux raisons. Sur le plan du droit positif, force est de constater qu'aucun texte légal ne régit la confirmation des actes nuls. De même, sur le plan de la jurisprudence, on ne connaît aucun arrêt prononçant la confirmation des actes nuls. C'est pourquoi, à l'heure actuelle, il nous est impossible de comparer la confirmation des actes nuls entre les droits étudiés. D'une façon générale, il importe de constater que la forme solennelle est une formalité impérativement prédéterminée par la loi en ce sens qu'elle est d'ordre public. En conséquence, le droit français n'admet pas la confirmation des actes nuls pour cause de violation de la forme solennelle, ce qui est tout-à-fait raisonnable.

134. La confirmation n'est qu'un acte d'abdication, une renonciation à invoquer la nullité. Elle s'oppose à la régulation, envisagée comme « un acte juridique apportant l'élément objectif ou subjectif qui faisait défaut à l'acte initial »⁴¹². En matière de défaut d'accomplissement de la forme solennelle, le droit français et le droit vietnamien présentent un aspect radicalement différent. En droit français, on sait que le vice de forme solennelle, en principe, n'est pas susceptible de régularisation. « Lorsque la forme légale n'a pas été respectée, que l'acte ait été fait dans la forme autre que la forme légale, ou qu'il ait été fait dans la forme prescrite mais que celle-ci est irrégulière, on ne peut éviter la nullité en

⁴⁰⁷ Cass. req., 26 novembre 1862 : DP 1863, 1, p. 71.

⁴⁰⁸ CA COLMAR, 2^e ch. civ., 13 novembre 1992.

⁴⁰⁹ G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, éd., LGDJ, 1972, n°267.

⁴¹⁰ RIEPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de PANIOL*, t. IV, 1959, n° 3275.

⁴¹¹ G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, éd., LGDJ, 1972, n° 267.

⁴¹² J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 799; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, n° 920.

accomplissant postérieurement la forme omise, en ajoutant après coup, par exemple, la mention qui fait défaut à l'acte notarié »⁴¹³. L'acte doit être refait dans la forme légale. La Cour de cassation française l'a affirmé à plusieurs reprises, notamment, en matière de donation : « une donation nulle en la forme ne peut être ultérieurement et rétroactivement confirmée par l'accomplissement de la formalité omise ; elle peut seulement être refaite dans la forme légale »⁴¹⁴.

Pour les effets de commerce, en revanche, une possibilité de régularisation est admise en cas d'absence de mentions non substantielles. Par exemple, si le tireur émet l'effet en laissant un blanc à la place du nom du bénéficiaire, le titre ne vaut pas lettre de change. La mention suivante est ensuite ajoutée : « cette régularisation a pour effet de transformer un titre incomplet en une lettre de change régulière, ayant la même valeur que si elle avait été telle à l'origine »⁴¹⁵. Ce titre est aussi valable à l'égard de tous ceux entre les mains desquels il parvient après avoir été complété, ces derniers ne pouvant se voir opposer l'exception tirée d'une irrégularité du titre ayant disparu. « Cette solution, dérogation au droit commun, s'explique par le désir d'obliger tous ceux qui sont intervenus dans le titre, en raison de la disparition du vice, les tiers de bonne foi ont pu se fier à la régularité apparente du titre »⁴¹⁶.

135. A l'inverse du droit français, le droit vietnamien consacre un texte de portée générale à la régularisation de l'acte juridique lorsque sa forme légale fait défaut. Il s'agit de l'article 134 du Code civil vietnamien, selon lequel « lorsque la loi subordonne la validité d'un acte de la vie civile à l'accomplissement d'une condition de forme et que les contractants n'observent pas cette condition, le tribunal ou toute autorité publique compétente peut, à la demande de l'une ou de toutes les parties, fixer un délai dans lequel les parties doivent accomplir la condition prescrite ». En pratique, la jurisprudence déduit de cette disposition que, avant de prononcer la nullité du contrat au motif de l'inobservation de la forme solennelle, le tribunal doit demander aux parties de réparer le vice de forme⁴¹⁷. Dans un arrêt du 12 novembre 2003, la première Chambre de la Cour populaire suprême s'est prononcée sur le rôle de la régularisation de l'acte : « la vente immobilière ne peut être sanctionnée que par

⁴¹³ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 377.

⁴¹⁴ Civ. 15 juin 1962. Gaz. Pal. 1962. II. 181, D. P. 1962, 569, Rapport. Civ. 19 août 1845, D. 1845. I. 378. V., aussi Civ. 3 juin 1958. Bull. 1958. I. 391.

⁴¹⁵ Paris 27 novembre 1967, Gaz. Pal. 1968, I, 144 ; LYON et RENAULT, t. IV, n° 469. LESCOT et ROBLOT, T. I, n° 200 et suivants.

⁴¹⁶ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 380.

⁴¹⁷ Arrêt n° 1145/2005/DS-PT du 06 juin 2005 de la Cour de la Ville de Ho Chi Minh.

la nullité si le tribunal a demandé aux parties d’accomplir les formalités obligatoires et qu’elles ne les ont pas accomplies dans un délai d’un mois ».

Ainsi donc, comment expliquer cette solution en droit vietnamien ? Devant une telle solution, on constate que les parties peuvent régulariser l’acte juridique lorsque sa forme requise a été omise. Cette solution peut être envisagée comme une mesure destinée à faire disparaître le vice de forme infectant un acte juridique en vue d’éviter sa nullité⁴¹⁸. Assurément, la solution du droit vietnamien s’oppose à celle du droit français, car ce dernier ne permet pas aux parties de régulariser l’acte atteint d’un vice de forme, ce qui aurait emporté la nullité de l’acte juridique. En réalité, la solution du droit vietnamien s’avère compatible avec les activités contractuelles au Vietnam, parce qu’elle a pour finalité d’informer les parties d’une disposition légale qu’elles méconnaissent souvent dans le but de réduire les cas de nullité sanctionnant le vice de forme légale.

136. La dernière cause d’extinction de l’action en nullité est la prescription extinctive, c’est-à-dire l’expiration du délai du droit d’invoquer la nullité⁴¹⁹. La règle générale en ce domaine est que tout droit d’invoquer la nullité fait l’objet d’une prescription extinctive⁴²⁰. Par conséquent, le droit d’invoquer la nullité d’un contrat atteint d’un vice de forme solennelle doit faire l’objet d’une prescription extinctive.

En examinant les dispositions relatives à la prescription extinctive en droit français, nous observons qu’elles marquent une différence notable entre avant et après sa réforme⁴²¹. Avant la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, la jurisprudence considérait que l’article 2262 du Code civil français s’appliquait, en principe, aux nullités sanctionnant l’inobservation de la forme solennelle⁴²² : « toutes actions tant

⁴¹⁸ NGUYEN Van Cuong, *art. cit.*, p. 30.

⁴¹⁹ A.-M. SOHM-BOUGEOIS, *Rép. Civ. Dalloz*, V. Prescription extinctive, 2010, n° 1 et s.

⁴²⁰ La présence de la prescription extinctive en matière civile s’explique pour deux raisons. D’une part, elle repose sur le droit naturel et qui est une mesure de protection du genre humain. D’autre part, elle a pour finalité de garantir la stabilité du patrimoine contre les réclamations trop longtemps différées. On retrouve l’idée plus générale que les actions en justice doivent avoir un terme, pour que les hommes jouissent de la sécurité et de la tranquillité, sans lesquelles il n’y a pas de vie, pas de société possible.

⁴²¹ V. par exemple, B. FAUVARQUE-COSSON, *Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile*, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2512.

⁴²² M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 367.

réelles que personnelles se prescrivent par trente ans ». Ce délai était d'une longueur excessive, ce qui avait pour conséquence « une stagnation de l'activité humaine »⁴²³.

Pour remédier à cet inconvénient, après plusieurs années de discussions, le législateur français a élaboré la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription extinctive en matière civile. Cette loi occupe une place dans le Code civil français, de l'article 2219 à l'article 2254. Selon l'article 2224 de ce Code, « les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». De toute évidence, cette disposition s'applique aux nullités sanctionnant l'inobservation de la forme solennelle en raison de la généralité de ses termes. Désormais, le délai de l'action en nullité attachée au défaut de la forme solennelle en droit français se prescrit, en principe, par cinq ans. Il a été diminué d'une façon considérable par rapport à celui énoncé par l'ancien article 2262 du même Code.

Cependant, à l'égard de certains cas de nullité de l'inobservation de la forme solennelle ayant pour objet de protéger l'intérêt privé, le législateur français fixe les délais de prescription inférieurs à 5 ans, il lui arrive même d'y instituer des délais préfix. Ainsi, par exemple, selon l'article L. 261-11 du Code de la construction et de l'habitation sur la vente d'immeuble à construire, l'action en nullité de ce contrat, pour inobservation des formes solennelles doit être intentée, à peine de forclusion, avant l'achèvement des travaux. L'article 222-3 du même Code précise également que la nullité du contrat de promotion immobilière « ne peut être invoquée que par le maître de l'ouvrage et jusqu'à l'achèvement des travaux ». Ce court délai peut s'expliquer « par le désir du législateur que soit levée rapidement l'incertitude qui pèse sur le sort de l'acte dans un souci de sécurité du commerce juridique »⁴²⁴.

137. Au regard de la comparaison, il convient de constater que le délai de l'action en nullité pour défaut de forme solennelle, en droit français, est plus long que celui du droit vietnamien. En effet, selon l'article 136 alinéa 2 du Code civil vietnamien, « le délai pour saisir le tribunal de la nullité d'un acte de la vie civile visé aux articles 130 et 134 du présent Code est de deux ans à compter de la conclusion de l'acte ». L'article 134 du même code, on le sait, régit la sanction de l'inobservation de la condition de forme. Par conséquent,

⁴²³ Ph. MALAURIE, Exposé des motifs, in Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, sous la direction de P. CATALA, La documentation française, 2006, p. 193 ; Voir aussi C. BRENNER et H. LECUYER, La réforme de la prescription, JCP E, 12 février 2009, 1169, n° 1.

⁴²⁴ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 386.

nous pouvons conclure sans ambiguïté que le délai de l'action en nullité pour l'inobservation de la forme solennelle en droit vietnamien qui est de deux ans, s'applique communément aux vices de forme énoncée par l'article 134 du Code civil vietnamien.

Ce délai n'est-il pas trop court ? Il nous semble trop bref. En droit français, il est de cinq ans, hormis quelques exceptions en droit spécial. Il « représente un juste équilibre entre le risque qu'un délai de prescription trop long ne crée de l'insécurité juridique et le risque qu'un délai trop court ne devienne une source d'injustice pour les titulaires de droit »⁴²⁵. « Ni trop long, il assure la sécurité juridique, sert le commerce juridique, est conforme aux progrès technologiques, qu'il s'agisse des transports ou des moyens de télécommunication, et réduit les coûts de conservation des preuves. Ni trop court, il évite les injustices et le jugement moral de récompense d'un péché. Il serait ainsi paré de toutes les vertus »⁴²⁶. En droit vietnamien, on constate que le délai de deux ans n'est pas raisonnable parce que la condition de forme est fréquemment violée par les parties contractantes en raison de la méconnaissance du droit des contrats. Afin d'éviter les inconvénients émanant d'un délai trop court en droit vietnamien, il est nécessaire de rétablir un délai, raisonnable, pour l'inobservation de la forme.

Toutes ces dérogations apportées aux règles normales de la mise en œuvre de la nullité s'expliquent par le fait que l'action de nullité s'avère inutile dans ces cas. Il reste à se demander si de pareilles dérogations peuvent être apportées aux effets de la nullité.

2. Les effets de la nullité

138. Les effets de la nullité sanctionnant l'inobservation de la forme solennelle, qu'il s'agisse de la nullité absolue ou relative, sont les mêmes sans exception, c'est-à-dire que le contrat est rétroactivement anéanti⁴²⁷. Ils doivent être appréciés à la fois dans le temps (b) et dans l'espace ; en d'autres termes, il faut déterminer la nullité partielle et la nullité totale (a).

a) La nullité partielle et la nullité totale

139. En principe, lorsqu'une condition de formation du contrat n'est pas remplie, l'on doit admettre que le contrat est nul et ne produit aucun effet juridique. Il s'agit alors d'une nullité totale : le contrat est effacé dans son entier. Néanmoins, il arrive que l'inobservation d'une clause du contrat ne le prive pas de son efficacité totale, mais affecte

⁴²⁵ Rapport n° 83 (2007-2008) de M. L. BETEILLE, Commission des lois 14 novembre 2007, p. 35.

⁴²⁶ C. BRENNER et H. LECUYER, La réforme de la prescription, JCP E.1169, 12 février 2009, n° 22.

⁴²⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 357 et s ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 418.

une seule clause illicite ou abusive. C'est dans cette situation que l'on envisage une nullité partielle dans la mesure où une seule clause interdite est nulle, les autres dispositions du contrat pouvant subsister.

La question qui se pose alors est celle de savoir si de telles règles s'appliquent à la nullité de l'inobservation de la forme solennelle en droit français et en droit vietnamien ? Y a-t-il une place pour la nullité totale et pour la nullité partielle sanctionnant le vice de forme solennelle, et quelle est cette place ?

140. A supposer que la forme solennelle ne soit pas respectée, l'on doit admettre que le contrat est totalement nul. On ne peut imaginer l'existence d'un contrat lorsqu'elle fait défaut. Force est donc de constater que la totalité du rapport contractuel est atteinte par la sanction du vice de forme solennelle. Cela influence toutes les stipulations du contrat ; aucune distinction ne peut être opérée entre ce qui serait valable et ce qui ne le serait pas. En droit français, la jurisprudence « affirme d'une façon constante cette solution, en précisant que toutes les dispositions du contrat, même celles qui seraient accessoires, sont atteintes par la nullité »⁴²⁸. Plus précisément, si l'on suppose qu'un contrat de mariage en droit français est sanctionné par la nullité, en cas d'inobservation de la forme solennelle, toutes les clauses qui y sont stipulées en faveur des tiers ne peuvent produire aucun effet juridique⁴²⁹. En droit vietnamien, cette solution s'applique également à la nullité sanctionnant le vice de forme solennelle. Ainsi en est-il de la décision n° 198 du 12 octobre 2003 dans laquelle la première Chambre civile de la Cour suprême populaire s'est prononcée en faveur de la nullité totale sanctionnant le défaut de la forme authentique du contrat de vente d'immeuble⁴³⁰. Suivant cette logique, la nullité frappant le vice de forme solennelle doit être totale.

Par exception, la nullité sanctionnant l'inobservation de la stipulation d'intérêt convenue dans un contrat de prêt à intérêt en droit français est la nullité partielle⁴³¹. Selon l'article 1907, alinéa 2, du Code civil français, « le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit ». La Cour de cassation française, dans un premier temps, considérait que l'exigence de l'écrit mentionnant le taux conventionnel du contrat de prêt à intérêt était une

⁴²⁸ Ch. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, 6^e, éd., Economica, 2007, n° 572.

⁴²⁹ AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. VIII, 7^e, éd., Librairies techniques, 1973, par A. PONSARD, n° 71.

⁴³⁰ La décision n° 198/GDT-DS du 12/11/2003 de la première Chambre civile de la Cour suprême populaire.

⁴³¹ L'article 1907, alinéa 2 du Code civil français.

simple règle de preuve. Mais, dans un deuxième temps, par l'arrêt du 24 juin 1981 et sur le fondement de l'article 4 de la loi du 26 décembre 1966, elle s'est prononcée en faveur de la forme solennelle. « Si l'omission, dans un contrat de prêt d'argent, de l'indication du taux effectif global de l'intérêt conventionnel n'entraîne pas la nullité du contrat, il résulte de la combinaison des articles 1907, alinéa 2, du Code civil et 4 de la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 qu'en matière de prêt d'argent, l'exigence d'un prêt mentionnant le taux effectif global est une condition de la validité de la stipulation d'intérêt et que, dès lors, il ne peut être fait application du taux stipulé dans le contrat sans que les juges aient à rechercher si l'omission d'une telle mention est de nature à induire l'emprunteur en erreur sur les conditions du prêt »⁴³². Dès lors, il convient de conclure que la nullité frappant le défaut de la stipulation du taux d'intérêt conventionnel n'affecte pas le contrat de prêt tout entier, qui est une seule nullité partielle⁴³³. Cette solution est raisonnable, à notre avis, car l'annulation du contrat dans son ensemble se retournerait contre l'emprunteur que la loi a voulu protéger et celui-ci se verrait contraint à un remboursement immédiat. Effectivement, la qualification de nullité partielle s'avère être une sanction efficace pour réaliser, dans certaines circonstances, le but de la règle de droit. Cette nullité protège ici mieux que la nullité totale.

b) La rétroactivité de la nullité

141. Considérons l'expression suivante : « Vu le principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé »⁴³⁴. Deux aspects éclairent cela : il « est insusceptible de produire des effets dans le futur. D'autre part, les effets produits dans le passé sont en principe effacés, la situation devant être remise dans l'état antérieur à la passation »⁴³⁵ du contrat. En effet, si le contrat « n'a pas encore été exécuté, la nullité aura pour unique effet de fermer aux parties toute action en exécution forcée du contrat. Si, en revanche, il a déjà fait l'objet d'une exécution, totale ou partielle, ses effets passés seront remis en cause : on aura alors recours à la fiction de la rétroactivité afin de revenir à l'état antérieur au moment de la conclusion »⁴³⁶ du contrat. C'est ce qui résulte de la rétroactivité de la nullité que les droits français et vietnamien admettent ensemble. Dans le cadre de cette thèse, il convient de s'interroger

⁴³² Cass. 1^e civ., 24 juin 1981 : Bull. civ. I, n° 234, préc. - Dans le même sens, V. Cass. 1^e civ., 26 mai 1982 : Bull. civ. I, n° 197 ; JCP G 1982, IV, 278.

⁴³³ Cass. 1^e civ., 22 juillet 1986 : JCP G 86, IV, 302 : Bull. civ. I, n° 219.

⁴³⁴ Cass. 3^e civ., 2 octobre 2002 : Contr. Consum. 2003, comm. n° 23, obs. L. LEVENEUR.

⁴³⁵ Y. PICOD, Rép. Civ. Dalloz, V. Nullité, n° 80.

⁴³⁶ Y. PICOD, *op. cit.*, n° 81.

encore sur son application en matière de nullité sanctionnant le vice de forme solennelle dans les deux droits.

142. En droit vietnamien, la rétroactivité de la nullité domine sans partage, c'est-à-dire que la nullité d'un contrat en raison du défaut de forme solennelle doit être rétroactive comme le principe le commande. En droit français, cette règle s'atténue toutefois en matière de nullité pour vice de forme solennelle⁴³⁷. Ainsi en est-il, par exemple, du cas d'un acte qui ne respecte pas la forme solennelle, et qui peut entraîner certains effets juridiques. Dans cette hypothèse, il ne peut pas produire ses effets propres, mais il correspond à la qualification d'un autre acte et produit effet à ce titre, par application de la théorie de la conservation par réduction⁴³⁸.

De ce point de vue, l'article L. 511-1 du Code de commerce français dispose que « le titre dans lequel une des énonciations indiquées au I fait défaut ne vaut pas comme lettre de change ». Dans ce cas, le titre incomplet qui « renonce à se prévaloir d'un niveau supérieur qui n'a pu être atteint en raison de son irrégularité, gagne une position moins favorable qui réside dans le régime juridique de l'acte réduit »⁴³⁹. Une lettre de change incomplète peut valoir comme billet à ordre si les mentions obligatoirement exigées pour ce dernier sont présentes, notamment la clause à ordre⁴⁴⁰. Les recours du droit cambiaire sont donc préservés. A défaut de pouvoir recourir au billet à ordre, la lettre de change incomplète pourra valoir comme promesse de payer, émanant du tireur ou même comme reconnaissance d'une dette de la part du tiré si ce dernier en a accepté l'effet⁴⁴¹. Enfin, elle pourra être considérée comme

⁴³⁷ Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 398.

⁴³⁸ J. PIEDELIEVRE, Des effets produits par les actes nuls, thèse Paris, 1914 ; X. PERRIN, La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques, Essai d'une théorie en droit français, thèse Dion, 1911 ; Ph. SIMLER, La nullité partielle des actes juridiques, éd, LGDJ, 1969, n° 13. En droit français, la conversion par réduction se définit comme « un procédé intellectuel de revalorisation des actes nuls, qui consiste à faire sortir d'un acte juridique nul un autre acte juridique valable auquel le premier peut être ramené, c'est-à-dire sauver l'acte inclus des parties et si ses conditions de validité se trouve réunies », G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op. cit.*, V. « Conversion et réduction ».

⁴³⁹ A. BOUJEKA, La conversion par réduction : contribution à l'étude des nullités des actes juridiques formels, RTD com. 2002, p. 223, n° 19.

⁴⁴⁰ Cass. com. 18 mars 1959, Bull. civ. III, n° 148, RTD com. 1959 obs. obs. J. BECQUE et H. CABRILLAC, 909 ; CA Orléans, 6 mars 1963, JCP 1964. II. 13618, note C. GAVALDA, RTD com. 1964. 367, obs. J. BECQUE et H. CABRILLAC.

⁴⁴¹ Cass. com., 10 février 1971 : Bull. civ. IV, n° 42 ; RTD com. 1972, p. 126, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE. - Comp. Cass. com., 7 novembre 1979 : Gaz. Pal. 1980, 1, pan. jurispr. p. 44, obs. J.D. ; RTD com. 1980, p. 115, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE. - 17 juillet 1990 : Express Doc. 17 juillet 1990. - Dans le même sens, V. CA Angers, 5 avril 1990 : Juris-Data n° 043089. - V. cependant en sens contraire : CA Montpellier, 15 mai 1990 : Juris-Data n° 000019.

commencement de preuve par écrit⁴⁴². Véritablement, la lettre de change incomplète ne permet pas pour autant aux parties d'échapper aux obligations ayant été souscrites sur le terrain du droit commun des obligations. Elles restent tenues aux termes du droit commun en raison du rapport fondamental, du rapport juridique préexistant à la création de la traite. Autrement dit, cette réduction de la nullité peut être analysée en une volonté de limiter le rayonnement du système formel sur lequel repose les effets de commerce. De cette sorte, un acte nul dans le système cambiaire pourra néanmoins développer des effets dans le droit commun des contrats.

143. Lorsqu'un contrat solennel est sanctionné par la nullité pour vice de forme, la question est de savoir si une obligation naturelle peut néanmoins en découler en droits français et vietnamien⁴⁴³. Dans cette situation, il importe de constater que le contrat solennel dont la forme fait défaut ne peut pas donner naissance à une obligation naturelle⁴⁴⁴. Cette constatation s'appuie sur deux raisons essentielles. D'une part, il n'est pas possible d'admettre qu'une partie contractante soit tenue d'une obligation naturelle puisqu'il lui est impossible de renoncer à la nullité pour l'inobservation de la forme solennelle. Cette solution, qui était déjà celle de POTHIER, trouve appui dans l'article 1339 du Code civil français. Ce texte dispose, en effet, que « le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs, nulle en la forme ; il faut qu'elle soit refaite en la forme légale ». Il a été montré que ce texte est général et s'applique à tous les contrats solennels nuls en la forme. D'autre part, il est nécessaire de remarquer que « la forme solennelle est imposée impérativement à la manifestation de la volonté de l'auteur de l'acte juridique. Cette exigence a un caractère contraignant. Admettre la validité de l'exécution d'un contrat solennel nul en la forme, au motif que l'auteur est tenu d'une obligation naturelle, serait permettre d'éluder trop facilement l'exigence impérative de la forme solennelle »⁴⁴⁵.

144. En définitive, l'on peut conclure que la caractéristique du contrat solennel en droit français se trouve dans la forme solennelle qui est requise pour l'extériorisation du consentement des parties, à peine de nullité. Elle se distingue en effet de la forme libre du contrat consensuel selon lequel la manifestation des volontés est librement choisie par les parties. En raison de la forme solennelle imposée pour l'extériorisation du consentement, elle

442 Cass. com., 10 février 1971, préc. - V. cependant en sens contraire CA Metz, 2 avril 1987.

⁴⁴³ L'obligation naturelle se définit comme

⁴⁴⁴ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 392.

⁴⁴⁵ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 395.

n'est pas susceptible d'équivalence et ne peut être régularisée. Par conséquent, le défaut d'accomplissement de cette forme doit être sanctionné par la nullité de l'acte juridique.

Comme la forme solennelle du droit français, la forme solennelle du droit vietnamien est une condition supplémentaire de formation du contrat, s'ajoutant aux conditions de fond, à peine de nullité. Néanmoins, il existe des séparations notables entre les deux systèmes juridiques comparés. En effet, le lien entre la forme solennelle et le consentement des parties du droit vietnamien est contesté puisque celle-ci concerne l'acte juridique dans son ensemble. Dans le système juridique du Vietnam, afin de réduire les cas de nullité sanctionnant l'inobservation de la forme solennelle, la loi permet aux parties de régulariser son défaut d'accomplissement dans un délai précis. Le contrat ne sera frappé de nullité que si les parties ne réparent pas le vice de forme solennelle que le tribunal leur demande de corriger.

Chapitre 2. Les contrats réels

145. Conformément à la tradition du droit romain, le législateur moderne a adopté la catégorie des contrats réels. Il s'agit de contrats dont la validité dépend non seulement de l'échange du consentement des parties, mais encore de la remise de la chose qui en est l'objet⁴⁴⁶. Cette dernière constitue alors une condition supplémentaire de formation du contrat s'ajoutant aux conditions de fond⁴⁴⁷. Ainsi en est-il des contrats de prêt à usage, de prêt de consommation, de dépôt ou de don manuel⁴⁴⁸.

Dans le droit romain, auparavant, la catégorie des contrats réels était une atténuation des formes solennelles⁴⁴⁹. La remise de la chose les remplaçait en constituant une condition exclusive pour la formation de ces contrats⁴⁵⁰. L'admission du principe du consensualisme en droit moderne « n'a pas entraîné cependant le rejet de la catégorie des contrats réels, qui sont encore admis par la doctrine »⁴⁵¹, notamment par la doctrine classique, appelée « partisans de la catégorie des contrats réels ». Néanmoins, cette thèse est contestée par une partie de la doctrine moderne, appelée « détracteurs de la catégorie des contrats réels », qui présente ces derniers comme étant consensuels et synallagmatiques. Ceux-ci estiment que la remise de la chose n'est pas une condition de formation du contrat, mais son premier acte d'exécution⁴⁵². Or, la thèse des détracteurs devient de moins en moins pertinente avec l'évolution des contrats réels, depuis les années 1920. De fait, cette évolution est, semble-t-il, favorable aux arguments des partisans de la catégorie⁴⁵³.

⁴⁴⁶J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3^e, éd., 1993, n° 447 ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10^e, éd., 2009, n° 147 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 304 ; A. BENABENT, *op. cit.*, n° 129 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 4^e, éd., Defrénois, 2009, n° 425.

⁴⁴⁷R. HOUIN, *La distinction de contrats synallagmatiques et unilatéraux*, thèse, Paris, Faculté de droit, 1937, p. 226.

⁴⁴⁸Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 11^e, éd., Litec, 2010, n° 320.

⁴⁴⁹V. *supra*, n° 15.

⁴⁵⁰*Ibid.*

⁴⁵¹J. GHESTIN, *op. et loc cit.*, n° 447. En ce sens, V. Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 447 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op et loc cit.*

⁴⁵²V. *infra*. n° 157 et s.

⁴⁵³V. *infra.*, n° 166 et s.

146. Devant une telle incertitude entourant la catégorie des contrats réels, il convient de s'interroger sur son existence et de déterminer ses caractères en droit moderne. De ce point de vue, il importe de constater que cette question n'a rien de nouveau en doctrine française. Au début du XX^e siècle, COMBESCURE avait posé la question de l'existence d'une catégorie des contrats réels : « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français »⁴⁵⁴ ? Quatre-vingts ans plus tard, Madame M.-N. BACHELLIER a répété la même question dans un article consacré à l'étude du contrat réel : « Existe-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif ? »⁴⁵⁵. Mais à l'heure actuelle, elle demeure entièrement dans l'actualité du droit moderne.

Afin de connaître la place exacte de la catégorie des contrats réels dans le droit spécial des contrats, il est nécessaire de déterminer les caractères de la remise de la chose, c'est-à-dire les rapports entre celle-ci et l'échange des consentements dans le processus de la formation du contrat que les auteurs ci-dessus n'ont pas encore envisagés. En effet, si la remise de la chose participe de la formation du contrat, il faut admettre qu'il existe incontestablement une catégorie des contrats réels en droit moderne puisque le seul consentement ne suffit pas à créer un contrat définitif. En revanche, si celle-ci ne joue aucun rôle dans la formation du contrat, il convient de conclure que la catégorie des contrats réels n'existe plus en droit contemporain puisqu'elle sépare « le moment de la tradition réel de celui de l'expression du consentement, les deux notions devenant ainsi totalement étrangères l'une à l'autre »⁴⁵⁶.

147. Il en résulte que l'étude des contrats réels peut se diviser en deux sections : la conception traditionnelle du contrat réel (Section 1) et la conception moderne du contrat réel (Section 2).

⁴⁵⁴ M.-F. COMBERCURE, Existe-t-il des contrats réels en droit français ? Revue critique de la législation et de la jurisprudence, 1903.477 et s.

⁴⁵⁵ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif ? RTD civ, 1985, p. 1 et s.

⁴⁵⁶ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, art., précité, n° 6, p. 6.

Section I. La conception traditionnelle du contrat réel

148. Dans la conception traditionnelle du contrat réel, la doctrine française discute de l'existence de cette catégorie de contrats⁴⁵⁷. Les partisans expliquent que cette dernière remonte au droit romain tandis que les détracteurs justifient au contraire qu'elle n'a aucune place dans un système consensualiste en tant que droit français. Dans cette situation, il convient d'évoquer les arguments des partisans et des détracteurs. A l'inverse, en droit vietnamien, on ne voit aucune discussion doctrinale sur l'existence de la catégorie des contrats réels en raison de la pauvreté des ouvrages traitant le droit des contrats. Ceci ne nous permet donc pas d'envisager la discussion des auteurs vietnamiens.

149. Après avoir présenté les arguments des partisans de la catégorie des contrats réels (§1), nous allons relever ceux de ses détracteurs (§2).

§ 1. L'admission du contrat réel

150. Selon ses partisans, le Code civil français a conservé la catégorie des contrats réels en remontant au droit romain⁴⁵⁸. Ce sont des contrats formalistes et unilatéraux par nature qui se forment par la remise de la chose, objet du contrat, comme par exemple, les contrats de dépôt, de prêt à usage, de prêt de consommation et de gage (l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés supprime la remise de la chose du contrat de gage). Cette thèse s'appuie sur deux arguments essentiels : les textes du Code civil (A) et la tradition réelle inspirée du droit romain (B)⁴⁵⁹.

A. Les textes du code civil

⁴⁵⁷ Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 358 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, éd., Defrénois, 2007, n° 861.

⁴⁵⁸ Voir par exemple, POTHIER, *Traité du contrat de nantissement*, n° 13 ; M. DELVINCOURT, *Institutes de droit civil français*, T. III, 2^e, éd., Greffier, Paris, 1809, p. 245 ; M. TROPLONG, *Du prêt*, Paris, 1845, n° 6 ; C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. I, 1^e éd., Durand & Hachette, 1868, n° 32 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruyant-Christophe, Bruxelles, T. XXVII, 2^e, éd., 1877, n° 69.

⁴⁵⁹ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, Contrat*, 6^e, éd., Litec, 1988, n° 216.

151. Les arguments auxquels les partisans se réfèrent en vue de soutenir la catégorie des contrats réels consistent dans les travaux consacrés au projet du Code civil et des articles de ce code. D'après ces textes, le projet du Code civil français indique l'intention de maintenir de la catégorie des contrats réels⁴⁶⁰.

En effet, l'article 3 du titre XI du livre III du projet présenté au Conseil d'Etat du 28 avril 1804 énonçait : « le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir »⁴⁶¹ ; l'article 19 suivant de ce projet expliquait : « le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre »⁴⁶². A partir de ces textes, le consul CAMBESCERES a observé : « le contrat de prêt étant unilatéral ne soumet directement le prêteur à aucune obligation ; que néanmoins, comme ce contrat doit être exécuté de bonne foi, il impose au prêteur des devoirs »⁴⁶³. Ensuite, à propos du contrat de dépôt, l'article 5 du titre 11 du livre 3 du projet du Code civil, en date du 18 mars 1804 stipulait que « n'est parfait que par la tradition réelle ou feinte de la chose déposée ». A l'époque de la séance du 14 mars 1804, devant le corps législatif, T. FAVARD a précisé le caractère réel du contrat de dépôt en disant qu'il « est parfait par la tradition réelle ou feinte de la chose déposée ». Enfin, en ce qui concerne le contrat de gage, BERLIER a clairement expliqué sa nature réelle, lors de la séance du 13 mars 1804 : « la remise effective du créancier en possession de la chose appartenant à son débiteur est de l'essence de ce contrat »⁴⁶⁴.

152. Ensuite, apparaissent les articles du Code civil français par lesquels les partisans se justifient pour assurer leur thèse⁴⁶⁵. En effet, l'article 1875 du Code civil définit le prêt à usage comme « un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi ». L'article 1892 du même code dispose aussi que le prêt de consommation « est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la

⁴⁶⁰ J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 448, p. 413.

⁴⁶¹ P.-A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, T. II, 1836, p. 380.

⁴⁶² P.-A. FENET, *op. cit.*, p. 387.

⁴⁶³ P.-A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, T. XIV, 1836, p. 432. Voir aussi C.-C. PLESNILA, Analyse critique de la théorie des contrats réels, éd., L. LAROSE et L. TENIN, 1910, p. 59.

⁴⁶⁴ P.-A. FENET, *op. cit.*, p. 204.

⁴⁶⁵ J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 448; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 300 ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, Droit civil, Les obligations, Contrat, 6^e, Litec, 1988, n° 216, p. 77.

charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité ». En matière de dépôt, l'article 1915 suivant indique que « le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature ». Notamment, l'article 1919 de ce code souligne la nature réelle du contrat de dépôt en énonçant qu'« il n'est parfait que par la tradition réelle ou feinte de la chose déposée ». Enfin, il ne faut pas oublier de citer l'article 2071 avant l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 qui définissait ainsi le nantissement : « un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette »⁴⁶⁶. Son caractère réel se manifestait nettement par le contrat de gage en l'article 2076 [ancien] du même Code : « dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties ».

En se livrant à la lecture de ces textes, les partisans observent ainsi que la livraison d'une chose (art. 1875 et 1892), sa remise (art. 2071) ou sa réception (art. 1915) est considérée comme une condition de formation des contrats visés. C'est la raison pour laquelle ils admettent la catégorie des contrats réels en droit français comme élément du droit positif. En réalité, cette observation a été envisagée depuis les premières années qui suivent la promulgation du Code civil. A titre d'illustration, « DEMOLOMBE précise qu'il a presque honte d'être obligé de procéder à ce fastidieux travail : la condition tenant à la tradition de la chose dérive de la nécessité même ; à ce point que c'est presque une naïveté de l'exprimer. Conçoit-on un prêt sans numération d'espèces et qu'une partie soit obligée de rendre, quand elle n'est pas reçue ! »⁴⁶⁷. Et, LAURENT « exprime le même sentiment ; si l'on procède à la lecture mot pour mot des articles du Code civil sur le dépôt, on estime l'autorité des textes du Code civil à l'appui de la catégorie des contrats réels »⁴⁶⁸.

Par conséquent, les partisans estiment que les rédacteurs du Code civil français ont incontestablement conservé la catégorie des contrats réels. C'est la première explication textuelle qu'ils évoquent en vue de soutenir cette catégorie⁴⁶⁹.

B. La tradition réelle

⁴⁶⁶ Il s'agissait du contrat de nantissement (gage) avant la réforme de l'ordonnance du 23 mars 2006.

⁴⁶⁷ Ch. JAMIN, *Éléments d'une théorie réaliste des contrats réels*, in *Études offertes à J. BEQUIN*, Droit et actualité, éd. Litec, 2005, n° 9, p. 386. Voir aussi C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. 1, 1^e, éd., Durand & Hachette, Paris, 1868, n° 32.

⁴⁶⁸ Ch. JAMIN, *op et loc cit.*

⁴⁶⁹ C.-C. PLESNILA, *op. cit.*, p. 58.

153. Les partisans évoquent non seulement les textes du Code civil, mais également la tradition réelle en vue de soutenir la catégorie des contrats réels en droit français⁴⁷⁰. Ils pensent en effet qu'elle « correspond à une notion qui trouve son origine en droit romain »⁴⁷¹. « Il n'est pas douteux qu'elle a été consacrée par le Code civil et la jurisprudence y reste attachée »⁴⁷².

154. La tradition réelle de la remise de la chose est une condition de formation des contrats réels en droit français que les partisans expliquent en se fondant sur la différence entre la plupart des contrats consensuels et certains exigeant la remise de la chose⁴⁷³. « On divise les contrats en ceux qui se forment par le seul consentement des parties et qui pour cela sont appelés contrats consensuels tels que la vente, le louage, le mandat, etc., et ceux où il est nécessaire qu'il intervienne quelque chose outre le consentement : tels sont les contrats de prêt d'argent, de prêt à usage, de dépôt, de nantissement, qui par la nature du contrat exigent la tradition de la chose qui est l'objet de ces conventions. On les appelle contrats réels »⁴⁷⁴. Plus précisément, le contrat de nantissement était un contrat réel, puisqu'il ne pouvait « se faire que par la tradition de la chose qui [était] donnée en nantissement »⁴⁷⁵. Le prêt à usage relève « aussi de la classe des contrats réels, c'est-à-dire, de ceux qui ne se forment que par la tradition de la chose. En effet, on ne peut concevoir de contrat de prêt à usage, si la chose n'a été délivrée à celui à qui on en accorde l'usage, l'obligation de rendre la chose, qui est de l'essence de ce contrat, ne pouvant pas naître avant que la chose ait été reçue »⁴⁷⁶. Voici l'argument que l'on retrouve à propos du dépôt : « Le contrat de dépôt est un contrat réel, qui ne peut se faire que par la tradition que le déposant fait au dépositaire de la chose dont il lui confie la garde »⁴⁷⁷.

⁴⁷⁰ Par exemple, M. DEVINCOURT, *Instituts de droit civil français*, Greffier, Paris, T. III, 2^e éd, 1809, p. 245 ; M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, T. VI, Paris, éd., 1821, n° 17 et s. ; Travaux de la Commission de réforme du Code civil, 1947-1948, p. 282 et s.

⁴⁷¹ Ch. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, T. III, 6^e, éd., Economica, 2007, n° 519.

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ Le contrat consensuel est celui qui se conclut par le seul accord des volontés, sans qu'aucune condition de forme ne soit requise.

⁴⁷⁴ POTHIER, *Traité des obligations dans œuvres de POTHIER annotées par BUGNET*, t. II, p. 10, n° 10. Voir aussi C.-C. PLESNILA, *op. cit.*, p. 62.

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ POTHIER, *Traité du prêt à usage et du précaire*, n° 6.

⁴⁷⁷ POTHIER, *Traité du contrat de dépôt*, n° 7.

L'argument qui s'appuie sur la tradition réelle résultant de la remise d'une chose est assez convaincant pour les partisans du contrat réel. Cet argument avait premièrement été évoqué donné par POTHIER, puis repris par les partisans : « on estime que les quatre contrats de prêt à usage, de prêt de consommation, de dépôt et de gage appartiennent bien à la division des contrats réels, dont nul ne nie l'existence »⁴⁷⁸. La catégorie des contrats réels correspond, selon les mots de LAROMBIER, « encore aujourd'hui à quelque chose de vrai. Car cette distinction tient au fond même du contrat. Le prêt, le dépôt, le commodat, le nantissement supposent essentiellement la remise d'une chose. S'il n'y a pas de chose remise, il n'y a pas non plus de contrat qu'on puisse ainsi qualifier »⁴⁷⁹.

155. Enfin, cela est important, des solutions jurisprudentielles confortent vivement la thèse des partisans⁴⁸⁰. En considérant les textes du Code civil français, les juridictions françaises jugent que quatre contrats de ce Code ne se forment qu'après la remise effective d'une chose⁴⁸¹.

C'est d'abord « le prêt d'argent – qui – n'est réalisé que par la tradition de la somme prêtée. Il en résulte que le risque de perte des fonds ou de la chose prêtée ne pèse sur l'emprunteur qu'après qu'ils lui aient été remis, ce qui est contraire à la solution admise en matière de vente par l'article 1338 du Code civil, et, plus généralement, pour tous les contrats consensuels »⁴⁸². Ensuite, le dépôt ne se forme valablement par la remise effective de la chose au dépositaire⁴⁸³. Enfin, le gage n'est pas valable, même entre les parties, si l'objet donné n'a pas été remis au créancier ou au tiers désigné par lui. Ainsi, les partisans estiment que la jurisprudence subordonne la formation de ces divers contrats à la remise effective d'une chose. Autrement dit, il existe incontestablement une catégorie des contrats réels en droit français, d'après ses partisans. Effectivement, cet argument est convaincant et incontestable

⁴⁷⁸ Ch. JAMIN, *op. cit.*, n°10.

⁴⁷⁹ L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations*, éd, Pedone-Lauriel, Paris, T. I, 1885, n° 1107. Voir aussi Ch. JAMIN, *Eléments d'une théorie réaliste des contrats réels*, *art. cit.*, n° 10.

⁴⁸⁰ J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 449 ; B. STARCK, H.ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, Contrat*, 6^e, éd., Litec 1998, 217 et s.

⁴⁸¹ Cass. com 1^e, 14 novembre 1995; Cass. civ, 1^e, 12 juillet 1977, Bull. civ., I, n° 330, p. 260 ; Voir pour le prêt à usage, R. FABRE, *Le prêt à usage en matière commerciale*, Rev. Trim. dr. com., 1999, p. 1995 et s., ; Cass. civ., 5 décembre 1906, D. 1908.1.545 ; Cass. civ., 12 novembre 1946, D. 1947.1.109, Colmar, 8 mai 1945, S. 1947.2.117.

⁴⁸² J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 449.

⁴⁸³ T. civ. Seine 18 janvier 1905 : Gaz. Trib. 18 juin 1905.

puisque la jurisprudence française s'est, en réalité, prononcée en faveur de l'existence d'une catégorie des contrats réels.

156. Aux termes de ces arguments, les partisans du contrat réel estiment, d'une façon radicale, que les quatre contrats réels du Code civil constituent une survivance découlant du droit romain. Cette thèse ne nie cependant pas que, « dès l'échange des consentements, et avant même la remise de la chose, des obligations naissent déjà entre les parties : le prêteur s'oblige à remettre l'argent, [...]. Mais il s'agit là d'avant-contrat, de promesses de contrats, distincts du contrat qui sera ultérieurement formé »⁴⁸⁴.

§ 2. Le rejet du contrat réel

157. A la différence de ces partisans, les détracteurs n'admettent pas la catégorie des contrats réels en droit français comme constituant un élément du droit positif⁴⁸⁵. Ils critiquent en effet la thèse des partisans (A) et classent ces contrats parmi les contrats consensuels (B).

A. Les observations critiques

158. Rejetant la catégorie des contrats réels, les détracteurs pensent qu'elle n'existe plus en droit français moderne. De fait, ils rejettent les arguments des partisans qui s'appuient sur les travaux préparatoires du Code civil et la nature de la remise de la chose.

Les travaux préparatoires et les ambiguïtés des textes du Code civil ne soutiennent pas la catégorie des contrats réels que les détracteurs expliquent, contrairement aux arguments des partisans. Tout d'abord, lorsque ceux-ci se réfèrent à ces travaux, ils remarquent que la catégorie des contrats réels ne figure pas dans la division des contrats⁴⁸⁶. En conséquence, ils

⁴⁸⁴ B. STARK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, Contrat*, 6^e, éd., Litec, 1998, n° 217.

⁴⁸⁵ Par exemple, A. VIGIE, *Cours élémentaire de droit civil français*, Rousseau, Paris, T. III, 1892, n° 1015 ; Ch. LYON-CEAN, note sous Cass. civ., 19 février 1894, S. 1894, 1, p. 273 ; G. BAUCRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *De la société, du prêt, du dépôt*, éd., Larose, Paris, 1898, n° 701 ; F. COMBESCURE, *existe-t-il des contrats réels en droit français ? Revue critique de la législation et de la jurisprudence*, 1903p. 477 et s ; C.-C. PLESNILA, *Analyse critique de la théorie des contrats réels*, éd., L. Larose et L. Tenin, 1910 ; R. HOUIN, *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, thèse, Paris, Faculté de droit, 1937, p. 225 et s. ; B. STARK, H. ROLAND, L. BOYER, *op. et loc. cit.*, n° 216 et s., Ch. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, Economica, T. III, 6^e, 2007, n° 522.

⁴⁸⁶ Par exemple, le projet du Code civil présenté le 24 thermidor an VIII, cité par P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. I. p. 178 et s.

concluent « que l'intention du législateur de 1804 a été d'éliminer du Code civil les contrats réels comme catégorie à part »⁴⁸⁷. D'ailleurs, ces auteurs insistent sur les ambiguïtés des textes du Code civil pour franchir le pas⁴⁸⁸. « Si le prêt, le dépôt ou le gage sont bien des contrats réels, ils sont nécessairement unilatéraux ; or, les différents chapitres du Code civil traitant de chacun de ces contrats contiennent des dispositions relatives aux obligations des deux parties, ce qui caractérise les contrats bilatéraux »⁴⁸⁹. Plus précisément, ils contestent que le dépôt soit qualifié de contrat réel au motif que l'article 1921 du Code civil dispose que « le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit »⁴⁹⁰.

Au regard de la thèse des partisans du contrat réel, celle de ses détracteurs utilise également les travaux préparatoires du projet du Code civil, non pour soutenir la catégorie des contrats réels mais pour la réfuter.

159. Ensuite, si les partisans s'appuient sur la tradition réelle afin d'admettre la catégorie des contrats réels, les détracteurs expliquent que cette tradition est inutile. Admettre la catégorie des contrats réels dans un système caractérisé par le principe du consensualisme n'est pas exact parce qu'elle ne constitue pas une survivance du passé.⁴⁹¹ En ce sens, ils remarquent que « cette théorie est inexacte en elle-même, fautive dans ses conséquences et incohérente »⁴⁹².

La thèse des partisans est inexacte et inacceptable parce qu'elle donne à la remise un rôle qu'elle ne peut cependant pas avoir dans la conclusion du contrat, d'après les détracteurs du contrat réel⁴⁹³. Ainsi, ils remarquent que la remise est une condition de formation du contrat sans laquelle le consentement n'a aucune valeur ; c'est le cas des contrats dans le droit romain⁴⁹⁴. De tels contrats ne sauraient être reconnus étant inclus dans le système du droit

⁴⁸⁷ C.-C. PLESNILA, *Analyse critique de la catégorie des contrats réels*, éd., L. LAROSE et L. TENIN, 1910, p. 55.

⁴⁸⁸ M.-F. COMBESCURE, *Existe-t-il des contrats réels en droit français*, *Revue de la critique et de la législation et jurisprudence*, 1903, p. 482 et s.

⁴⁸⁹ Ch. JAMIN, *art. cit.*, n°14, p. 391.

⁴⁹⁰ F. COMBESCURE, *art. cit.*, p. 483.

⁴⁹¹ F. COMBESCURE, *art. cit.*, p. 478; Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 522.

⁴⁹² C. -C. PLESNILA, *op. cit.*, p. 76 et s.

⁴⁹³ *Ibid.*

⁴⁹⁴ *Ibid.*

français puisqu'il a fait du consensualisme un principe⁴⁹⁵. En effet, toutes les conventions légalement formées devront être exécutées de bonne foi. D'autre part, la remise « ne dépend point de l'efficacité du contrat vers les tiers car nous voyons qu'on fait de la remise un élément d'existence du contrat même entre les parties »⁴⁹⁶. Quant aux obligations de restituer, ils observent que la remise de la chose ne constitue pas l'obligation de restituer « si la chose n'a pas été remise. Assurément ! Si la chose n'a pas été remise, l'obligation de celui qui devait la remettre n'a pas été exécutée »⁴⁹⁷. Il en est de même du contrat de louage qui « n'est pas considéré comme réel, il est consensuel. Or, il est évident que si le bailleur ne remet pas au locataire la chose, objet du bail, ce dernier n'a pas à la restituer »⁴⁹⁸.

En conséquence, les détracteurs estiment que la catégorie des contrats réels est privée d'intérêts dans un système consensualiste comme le système français.

B. Les solutions pratiques

160. En voyant dans la catégorie des contrats réels une survivance historique, source de complications inutiles, les détracteurs « proposent de ramener ces contrats à l'épure du droit commun. Se formant par le seul échange des consentements, comme le veut le consensualisme, ils revêtiraient du même coup un caractère synallagmatique : la remise de la chose ne serait plus une condition de formation du contrat, mais le premier acte d'exécution de celui-ci »⁴⁹⁹.

A cet égard, la remise de la chose dans le contrat de gage ne serait pas une condition de formation du contrat, mais seulement une conséquence juridique. En effet, le consentement des parties suffirait à faire naître le gage. « Ce gagiste a des droits et peut en user contre le constituant ; car il est impossible, si l'on admet que l'acquéreur de la propriété peut se faire mettre en possession, d'admettre que le titulaire d'un droit réel ne le puisse pas ; et c'est lorsqu'il aura été mis en possession, et alors seulement, que naîtra pour lui l'obligation de

⁴⁹⁵ F. COMBESCURE, *art. cit.*, p. 478.

⁴⁹⁶ C.-C. PLESNILA, *op. cit.*, p. 78.

⁴⁹⁷ B. STARCK, H.ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, Contrat*, 6^e, éd., Litec 1998, 219.

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10^e, 2009, n°147. Voir aussi M. COMBERCURE, *art. cit.*, p. 484; C.-C. PLESNILA, *op. cit.*, p.117 et s.; M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Obligations*, T. VI, LGDJ, éd., 1952, n° 121 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 451 ; Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 522.

restituer »⁵⁰⁰. Il en est de même de la remise de la chose dans les contrats de prêt (le contrat de prêt à usage et le contrat de prêt de consommation) en droit français où le premier acte d'exécution de l'obligation résulte de l'accord des volontés des parties. Le prêteur doit livrer son bien à l'emprunteur, sinon il doit être condamné à des dommages-intérêts compensatoires⁵⁰¹. La solution est identique pour le contrat de dépôt. La remise de la chose ne peut pas être une condition de formation du contrat. Autrement dit, « le réalisme de l'opération, hérité du droit romain, s'est largement effacé »⁵⁰².

161. Quant aux promesses de contrats réels, « les contrats de prêt, de dépôt et de gage peuvent faire l'objet de promesses antérieures qui ont un caractère consensuel. Au cas où le promettant n'exécuterait pas sa promesse, il pourrait être condamné à des dommages-intérêts mais non à une exécution forcée de la remise de la chose »⁵⁰³. Dans ce cas, « il existe un lien intime de corrélation entre l'obligation née d'une telle promesse à la charge du prêteur ou du constituant du gage et les obligations incombant à l'emprunteur et au gagiste, en vertu de l'article 1184 du Code civil, en cas d'inexécution de ces dernières, notamment si les intérêts ou amortissements partiels ne sont pas versés ou effectués aux échéances convenues »⁵⁰⁴.

De cette façon, les promesses consensuelles de contrats de prêt, de gage et de dépôt équivalent aux contrats définitifs eux-mêmes⁵⁰⁵. A titre d'exemple, « l'ouverture de crédit [...] est généralement un avant-contrat laissant à l'emprunteur une faculté d'option, pour devenir un contrat définitif si l'emprunteur est tenu de verser un intérêt avant même d'utiliser les sommes promises. Dans ce cas en effet, il n'a plus une véritable option, puisqu'il est toujours tenu de rémunérer le prêteur »⁵⁰⁶. On fait encore état de promesses de contrats de prêt et de dépôt qui sont analogues à celles des contrats de bail et de transport. L'obligation de

⁵⁰⁰ M. COMBESURE, *art. cit.*, p. 483.

⁵⁰¹ *Ibid.*

⁵⁰² J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 2^e, éd, LGDJ, 2001, n° 33129.

⁵⁰³ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10^e, Dalloz, 2009, n° 148. Voir aussi M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Obligations*, T. VI, éd., LGDJ, 1952, n° 121, p. 133.

⁵⁰⁴ *Ibid.*

⁵⁰⁵ Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 522 ; R. HOUIN, *La distinction de contrats synallagmatiques et unilatéraux*, thèse, Paris, Faculté de droit, 1937, p. 232 et s.

⁵⁰⁶ M. PLANIOL, G. RIPERT, *op. et loc cit.*

restitution ne peut, de toute façon, naître que si la chose a été remise à celui qui doit la restituer⁵⁰⁷.

162. Ainsi, devant une telle controverse entre les partisans et les détracteurs, on constate que ces deux thèses n'emportent pas totalement la conviction.

En premier lieu, quant à la thèse des détracteurs du contrat réel, les arguments ne sont pas pleinement convaincants. En effet, on ne saurait dire que le principe du consensualisme suffit à exclure la catégorie des contrats réels. De plus, les textes du Code civil français et les solutions de la jurisprudence française nous montrent expressément que la catégorie des contrats réels existe encore en droit français⁵⁰⁸. En ce sens, une partie de la doctrine française a été conduite à « critiquer la critique » : « Je ne vois pas pourquoi l'on abandonnerait, pour des raisons philosophiques qui me paraissent douteuses une tradition très ancienne avec laquelle on a vécu et qui n'a pas d'inconvénient. Je considère votre théorie antiréaliste comme démodée : elle date de 1900, de l'époque de l'individualisme »⁵⁰⁹.

En second lieu, quant à la thèse des partisans, les arguments manquent aussi de pertinence et ne sont pas complets. D'abord, il est impossible de conclure que la catégorie des contrats réels en droit français est une survivance du droit romain⁵¹⁰. Autrement dit, elle est irréversible depuis le droit romain. Ensuite, les explications ne sont pas suffisantes. En effet, les partisans ne remarquent, de manière superficielle, que la catégorie des contrats réels, et n'ont pas encore dégagé profondément la nature de la remise de la chose, spécificité de ce contrat. Ce manquement sera complété dans l'étude suivante⁵¹¹.

163. De fait, la doctrine a contesté l'existence de la catégorie des contrats réels en droit français depuis la naissance du Code civil 1804. Ce phénomène s'explique en partie par ces contrats spéciaux du Code civil français qui se trouvent à mi-chemin entre le contrat consensuel et le contrat solennel. En outre, le droit français ne tranche pas définitivement cette question. Du reste, nous constatons qu'une telle controverse n'est pas spécifique au droit français. En droit allemand, la doctrine discute aussi de l'existence de la catégorie des contrats

⁵⁰⁷ Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 522.

⁵⁰⁸ V. *supra*, n° 148 et s.

⁵⁰⁹ Ainsi s'exprimait JULLIOT DE LA MORANDIERE dans le cadre de la Commission de réforme du Code civil au milieu du XX^e siècle. Il est cité tour à tour par M.-N. JOBARD-BACHELLIER, art. préc., n° 1, p. 3, V. FORRY, *Consensualisme dans la théorie générale du contrat*, éd., LGDJ, 2007, n° 172.

⁵¹⁰ On soutient que la catégorie des contrats réels du droit contemporain évolue dans le droit romain.

⁵¹¹ V. *infra*, n° 164 et s.

réels ; la fonction et le rôle de la tradition sont difficiles à cerner avec certitude⁵¹². Le système juridique vietnamien ayant été récemment construit, son analyse dans ces développements ne se justifiait pas.

⁵¹² P. MURALT, *Le prêt à usage en droit allemand et en droit suisse*, éd., Ccorbaz, 1923, p. 14 et s.

Section II. La conception moderne du contrat

réel

164. Comme on le sait, la thèse des partisans et celle des détracteurs de la catégorie des contrats réels ne sont pas vraiment convaincantes faute d'une argumentation elles-même convaincante⁵¹³. Ainsi, nous nous proposons d'examiner la conception moderne du contrat réel, ce qui nous permettra d'identifier sa nature dans le droit spécial des contrats.

165. L'étude de la conception moderne du contrat réel repose sur deux développements principaux : l'évolution des contrats réels après la naissance du Code civil (§1) et le récapitulatif du contrat réel (§2).

§ 1. L'évolution des contrats réels

166. D'emblée, il convient de remarquer que certains contrats spéciaux, en droit français après la naissance du Code civil 1804, ont évolué pour s'adapter aux besoins du commerce. Mais tel n'est pas le cas en droit vietnamien puisque le système juridique vient d'être mis en place. Comme on le sait, le Code civil vietnamien a été élaboré il y a seulement quelques années⁵¹⁴ ; les contrats n'ont donc pas beaucoup changé depuis. C'est pourquoi nous n'abordons pas l'évolution des contrats réels en droit vietnamien dans la présente analyse.

Dans le système juridique français, le droit privé en général et le droit des contrats en particulier découle du droit romain, bien que l'on assiste à l'évolution remarquable des dispositions juridiques⁵¹⁵. Ainsi, M. V. FORRY observe la catégorie des contrats réels : « elle ne peut être ni considérée comme entièrement dévolue aux conceptions romaines, ni comme tournée vers leur abandon total »⁵¹⁶. En d'autres termes, elle est une évolution des contrats réels, plongeant ses racines dans le droit romain. Cela s'explique par « la veille institution du

⁵¹³ V. *supra*, n° 151.

⁵¹⁴ Le Code civil vietnamien a été élaboré en 1995 et a été réformé en 2005.

⁵¹⁵ J.-Ph. LEVY, *Le consensualisme et les contrats des origines au Code civil*, Revue des sciences morales et politiques, 1995, p. 210.

⁵¹⁶ V. FORRY, *op. et loc cit.* Voir aussi N. MOULIGNER, *Le contrat réel dans l'évolution du droit des contrats*, RRJ, 1^{er} septembre 2004, n° 8, p. 237.

droit romain [qui] est remplacée par des formalités plus subtiles et adaptées à l'évolution de la société »⁵¹⁷. Dans le droit romain, le contrat réel n'était formé que par la remise d'une chose qui devait être ultérieurement rendue⁵¹⁸. L'obligation portait sur cette restitution. C'était le prêt de consommation, la fiducie, le dépôt, le commodat et le gage. En droit moderne, lorsque le principe du consensualisme a triomphé, il n'a cependant pas entraîné le rejet de la catégorie des contrats réels, encore admise par les partisans⁵¹⁹. Pourtant, depuis la fin du XIX^e siècle, les critiques de cette catégorie sont de plus en plus nombreuses. Les détracteurs ne cessent d'attaquer la thèse des partisans et considèrent ces contrats comme étant consensuels et synallagmatiques⁵²⁰. Or, en réalité, la thèse des partisans semble perdre sa pertinence en raison de l'évolution notable des contrats réels.

167. L'évolution des contrats réels se traduit donc à travers trois contrats spéciaux que l'on a l'occasion de connaître en droit français : le don manuel (A) ; le contrat de prêt d'argent (B), et le plus récent, le contrat de gage (C).

A. Le contrat de don manuel

168. Le don manuel apparaît comme la première évolution des contrats réels dans le système juridique français. A l'époque de la naissance du Code civil 1804, il « était admis à titre d'exception au principe de la solennité des donations, en raison du peu de valeur des meubles corporels »⁵²¹. Ce contrat pouvait avoir pour objet uniquement des meubles, on y voyait alors une application extrêmement restreinte compte tenu de la composition des fortunes. Le plus souvent, il ne dépassait guère en importance le cadeau d'usage. En effet, lors de la rédaction du Code civil, « le don manuel était une très ancienne tradition inoffensive, la fortune mobilière étant encore peu de chose en 1804 »⁵²². C'est pourquoi, le Code civil est resté silencieux sur le sujet, se reposant à cet égard sur les traditions et la jurisprudence du passé. « Le don manuel d'aujourd'hui n'est pas autre sous le côté légal qu'aux derniers temps de l'ancien droit, car le Code n'ayant rien dit de lui, on doit croire qu'il a voulu consacrer les

⁵¹⁷ *Ibid.*

⁵¹⁸ V. *supra*, n° 15.

⁵¹⁹ V. *supra*, n° 150.

⁵²⁰ V. *supra*, n° 157 et s.

⁵²¹ A. COLOMER, Rép. civ. Dalloz, V., Don manuel, 2010, n° 13. V. aussi P. BROSSOLLES, La théorie et pratique des dons manuels, éd., A. Rousseau, 1885.

⁵²² G. PACILLY, Le don manuel, éd., Dalloz, 1936, n° 25, p. 62.

points acquis en pratique lors de sa rédaction »⁵²³. Cette théorie, « embrassée par la majorité des auteurs classiques, repose sur un syllogisme, restant muette à l'égard de la technique libérale pourtant très vivace »⁵²⁴.

169. Mais, depuis les années 1920, la théorie des auteurs classiques n'est plus admise par la plupart des auteurs français⁵²⁵. En réalité, le don manuel « commence à faire son apparition parmi les contrats réels dans les principaux ouvrages de droit civil »⁵²⁶. C'est est « un contrat par lequel, en dehors de toute exécution d'une prétendue obligation antérieure et par conséquent dans une intention libérale, une personne fait remise matérielle de la main à la main, directement ou par intermédiaire, à une autre personne qui accepte, d'une chose mobilière susceptible d'être transmise par voie de simple tradition, sans que la double volonté de donner et recevoir ait à s'exprimer autrement que par tradition réelle »⁵²⁷.

Cette définition du don manuel nous indique clairement deux éléments nécessaires et suffisants à sa validité. Le premier élément de ce contrat exige la remise effective d'une chose : « si le donateur demeurait en possession, se contentant de dire au donataire que désormais il possèdera à titre précaire pour le compte de celui-ci, c'est-à-dire en somme s'il y avait tradition freinte, il faudrait un écrit, et c'est la logique puisque la validité du don manuel repose sur la nécessité d'une tradition réelle »⁵²⁸. Le seul consentement des parties ne suffit donc pas, la tradition réelle étant la cause efficiente du don manuel, indispensable à sa perfection, elle en est un élément constitutif. Le deuxième élément est incontestablement le consentement des parties comme la condition est requise pour tout contrat. En effet, « le consentement de ce dernier se manifeste par le fait qu'il prend possession de l'objet donné en connaissance de cause ; il n'apparaît pas autrement. En réalité, nul ne saurait contre son gré devenir donataire. Le consentement des parties donne son sens à la tradition qui est par elle-

⁵²³ P. BRESSOLLES, *Théorie et pratique des dons manuels*, éd., A. Rousseau, 1885, p. 10.

⁵²⁴ TROPLONG, *Droit civil expliqué, Donations entre vifs et testaments*, Paris, 1855, n° 1041 ; D'AGUESSEAU, L. 290, t. IX, p. 361 ; A. COLOMER, *op. cit.*, n° 13.

⁵²⁵ G. PACILLY, *op. cit.*, n° 103 ; J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, éd, LGDJ, 1989, n° 105 ; Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 523 ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, n° 221 ; N. PETERKA, *Les dons manuels*, éd., LGDJ, 2001, n° 581 ; M. NICOD, thèse, préc., n° 92 et 361 ; X. LAGARDE, *Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil*, RTD civ. 1997, p. 25.

⁵²⁶ Ch. JAMIN, *Eléments d'une théorie réaliste des contrats réels*, in *Etudes offertes à J. BEQUIN, Droit et actualité*, éd., Litec, 2005, n° 27.

⁵²⁷ G. PACILLY, *Le don manuel*, thèse, éd., Dalloz, 1936, p. 18. Voir également R. TENDLER, *Le don manuel : une institution anachronique ?*, D., 1989, Chron., p. 245.

⁵²⁸ G. PACILLY, *op. cit.*, n° 48, p. 136.

même un acte abstrait : intervient-elle seule, on ne sait si l'objet est livré à titre précaire ou en propriété, à titre onéreux ou gratuit. Le consentement indique la cause de la tradition »⁵²⁹.

170. La Cour de cassation en 1960 s'est notamment prononcée sur la nature réelle du don manuel en jugeant qu'il « ... n'a d'existence que par la tradition réelle que fait le donateur de la chose donnée, effectuée dans des conditions telles qu'elle assure la dépossession de celui-ci, et assure l'irrévocabilité de la donation »⁵³⁰. Effectivement, elle « ne se borne pas à affirmer la nécessité de la tradition réelle ; elle justifie cette exigence. La tradition réelle, qui opère le dépouillement actuel, est un équipollent de l'acte notarié exigé en minute, elle dépouille irrévocablement le donateur, à raison de l'article 2279 qui supprime la revendication des meubles »⁵³¹.

A vrai dire, la conception du contrat de don manuel a beaucoup évolué en doctrine et en jurisprudence après la naissance du Code civil français. Cette évolution n'est pas étonnante car le droit français n'a pas réglementé le don manuel d'une manière expresse⁵³² ; par voie de conséquence, celle-ci doit chercher une interprétation convenable à la règle traditionnelle et incontestable en droit français.

171. De même que le droit français, le droit vietnamien ne donne pas une définition spéciale pour le contrat de don manuel, bien que le Code civil comporte quelques dispositions générales réglementant communément le contrat de donation. Aux termes de l'article 464 du même Code, « la donation est une convention par laquelle le donateur, sans contrepartie, remet un bien qui lui appartient et en transfère la propriété au donataire, qui l'accepte ». Cette définition ayant une portée générale s'applique à toute donation, y compris le don manuel. L'article 466 suivant précise les effets juridiques du don manuel : « la donation prend effet dès l'instant où le donataire le reçoit. La donation d'un bien meuble dont le droit de propriété doit être enregistré conformément à la loi, prend effet dès que la formalité d'enregistrement est accomplie ». Il résulte de ces textes que deux éléments constitutifs doivent être réunis pour

⁵²⁹ G. PACILLY, *op. cit.*, n° 51.

⁵³⁰ Cass. 1^{er} civ., 11 juillet 1960 : Bulletin, civ. I, n° 382 ; D. 1960, p. 702, note P. VOIRIN. Dans le même sens, Cass. 1^{er} civ., 19 novembre 1996 : Juris-Data n° 1996-004438. Cass. 1^{er} civ., 7 juin 1995 : Juris-Data n° 1995-002381. – Cass. 1^{er} civ., 11 mars 1997 : pourvoi n° 95-15. 924. – CA Paris, 29 mai 1962 : D. 1962, somm. p. 129. – CA Riom, 17 mars 1988 : Juris-Data n° 1988-048468. – CA Poitiers, 19 juin 1993 : Juris-Data n° 1993-046076.

⁵³¹ Cass. 1^{er} civ., 11 juillet 1960 : Bull. civ. I, n° 382 ; D. 1960, p. 703, note P. VOIRIN. Voir aussi Ch. JAMIN, *art. cit.*, n° 27, p. 401.

⁵³² G. PACCILLY, *op. cit.*, n° 14 et s ; A. COLOMBER, *Rép. civ. Dalloz, Don manuel*, 2010, n° 17.

la validité du contrat de don manuel en droit vietnamien : l'accord de la volonté des parties et la remise effective de la chose dont la réunion est, en somme, sa condition d'existence. Dans cette situation, le don manuel du droit vietnamien est analogue à celui du droit français, conformément aux interprétations de la doctrine et de la jurisprudence françaises.

B. Le contrat de prêt d'argent

172. La deuxième évolution de la catégorie des contrats réels se traduit par le contrat de prêt de consommation, notamment par le contrat de prêt d'argent. Il « a fait l'objet d'une mutation remarquable dont le sens et la portée définitifs demeurent à l'état de conjectures »⁵³³. En effet, il est admis par les détracteurs du contrat réel que le prêt est un contrat consensuel dont la remise ne constitue que le premier acte d'exécution du contrat. Quant aux partisans de la catégorie, ce contrat est, au contraire, qualifié de contrat réel dont la remise est une condition de sa formation. A vrai dire, le caractère réel ou consensuel du contrat de prêt d'argent est vivement discuté en doctrine française, comme, d'ailleurs, les autres contrats réels.

173. Mais depuis les années 1978, le contrat de prêt d'argent, en droit français, a évolué sous l'influence du droit de la consommation. A peu de mois d'intervalle, le législateur français lui a consacré deux textes de première importance. Ce sont les lois n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, et n° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, qui semblent écarter la nature réelle des prêts qu'elles régissent⁵³⁴. Ces deux lois mettent donc fin aux discussions entre le caractère réel et consensuel du contrat de prêt d'argent en matière de droit de crédit à la consommation.

En effet, l'article 7 de la loi du 10 janvier 1978, figurant actuellement dans l'article 311-15 du Code de la consommation, indique que le contrat de crédit mobilier est « parfait » et que l'opération est « définitivement conclue » par l'effet de l'acceptation. Quant au crédit immobilier, les textes de la loi du 13 juillet 1979 et la version actuelle de l'article 312-14 du Code de la consommation, sont certes moins explicites. Ils indiquent aussi que le contrat se forme par « l'échange de l'offre et de l'acceptation, sans mentionner aucune formalité

⁵³³ V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, éd., LGDJ, 2007, n° 175, p. 121.

⁵³⁴ N. MOULIGNER, *Le contrat réel dans l'évolution du droit des contrats*, *Revue de la recherche juridique, Droit perspectif*, 01/09.2004, n° 6, p. 2235 et 2236.

supplémentaire »⁵³⁵. De ces dispositions, l'on peut constater que les contrats de prêt d'argent en matière de crédit régis par le Code de la consommation, dès l'acceptation, et avant la remise, sont déjà conclus. Dans cette situation, le législateur français « a définitivement rompu avec le système du contrat réel »⁵³⁶. Ces dispositions, destinées à protéger les non-professionnels contre les abus des professionnels en matière mobilière et immobilière, soumettent la formation du contrat au respect d'une réglementation précise de la publicité et du contenu de l'offre préalable dont un certain nombre de mentions sont imposées.

174. A son tour, la jurisprudence a soustrait du contrat réel, le contrat de crédit immobilier réglementé par le Code de la consommation, en affirmant l'idée que « les classifications habituelles, liées à une famille contractuelle s'effacent sous l'effet de l'explosion consumériste »⁵³⁷. Dans un arrêt rendu par la première Chambre civile le 27 mai 1998, la Cour de cassation a ainsi considéré que : « les crédits immobiliers régis par les articles L. 312-1 et s. du Code de la consommation n'ont pas la nature de contrat réel »⁵³⁸. La justification de cette solution se trouve dans l'objectif de protéger l'emprunteur face au professionnel du crédit⁵³⁹.

La doctrine a célébré la solution du 27 mai 1998, même si un point de divergence quant au régime juridique des contrats « non réels » est immédiatement apparu. Il semblerait donc qu'elle influe sur les décisions ultérieures de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 28 mars 2000 de la même première Chambre civile, la Cour de cassation a affirmé que « le prêt consenti par un professionnel du crédit n' [était] pas un contrat réel »⁵⁴⁰. Réitérant la solution

⁵³⁵ B. PETIT, La formation successive du contrat de crédit, *in* Le droit du crédit au consommateur, Travaux de la conférence d'agrégation, sous la direction I. FADLALLAH, Litec, éd., 1982, n° 51, p. 128.

⁵³⁶ GODE, Commentaire de la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979, RTD civ., 1979, p. 850.

⁵³⁷ M. BEAUBRUN, La notion de consommateur de crédit, *in* Le droit du crédit au consommateur, Travaux de la conférence d'agrégation, sous la direction de I. FADLALLAH, éd., Litec, 1982, p. 7, n° 5.

⁵³⁸ Cass. 1^e, civ., 27 mai 1998, Bull.civ. I ; n° 267 ; D., 1999, jurisprudence, p. 194, note M. BRUSCHI ; somm. p. 28 observation M-N. JOBARD-BACHELLIER ; D., 2000, somm. p. 50, observation J.-P. PIZZIO ; Defrénois, 1998, p. 1054, observation Ph. DELEBECQUE ; Defrénois, 1999, p. 21, n. S. PIEDELIEVRE ; LPA., 16 juillet 1999, n° V. DEPART-SEBAG.

⁵³⁹ Cass. 1^e, civ., 28 mars 2000, : Bulletin, civ. 2000, I, n° 105 ; JCP 2000, II, 10296, concl. J. SAINTE-ROSE ; Ch. JAMIN, art. cit., n° 12.

⁵⁴⁰ Cass. 1^e civ., 28 mars 2000, n° 97-21.422, Bull. civ. I, n° 105, JCP G 2000, II, n° 10296, concl. SAINTE-ROSE Y., D. 2000, p. 482, note S. PIEDELIEVRE, D. 2000, somm., p. 358, obs. Ph. DELEBECQUE, D. 2001, p. 1615, obs. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, D. 2002, p. 640, Defrénois 2000, p. 720, obs. AUBERT J.-L., JCP N 2000, p. 1270 obs. LOCHOUARN Y., Contrats, conc., consom. 2000, comm. 106, obs. L. LEVENEUR.

en 2001⁵⁴¹, elle a expressément qualifié le prêt d'argent de contrat consensuel en 2002⁵⁴². Dans cette logique, ce contrat est né de l'accord des volontés des parties. S'ensuivent deux conséquences, d'après la Cour de cassation. On apprend que, « par l'effet de l'accord des volontés, le prêteur est obligé au paiement de la somme convenue »⁵⁴³ et que, par le même effet, l'emprunteur « est obligé au remboursement de la somme prêtée »⁵⁴⁴. La remise des fonds est donc envisagée comme le premier acte d'exécution d'une obligation conventionnelle.

La Cour de cassation a immédiatement précisé certains caractères de l'ouverture de crédit. Dans un arrêt du 21 janvier 2004, elle a confirmé que « l'ouverture de crédit, qui constitue une promesse de prêt, donne naissance à un prêt à concurrence des fonds utilisés par les clients »⁵⁴⁵. Cette solution a donné lieu à de nombreux commentaires doctrinaux⁵⁴⁶. Certains auteurs ont craint de voir le prêt d'argent soustrait à l'inventivité contractuelle et aux besoins de la pratique bancaire⁵⁴⁷. Mais il faut également souligner que cette dernière semble se rapprocher de la conception plus classique de l'ouverture de crédit⁵⁴⁸. En effet, dans cette circonstance, une partie se voit conférer le droit discrétionnaire d'utiliser les fonds dont seul le plafond est déterminé, l'autre ayant consenti par avance à la remise éventuelle des fonds. Ce mécanisme peut être qualifié de promesse de prêt réel et les utilisations postérieures des fonds s'analysent alors en autant de contrats de prêt⁵⁴⁹. A partir du moment où l'obligation du

⁵⁴¹ Civ. 1^e, 27 novembre 2001 ; Bull. civ. I, n° 297 ; D., 2002, p. 119, note Y. CHARTIER ; JCP 2002.II.10050, note S. PIEDELIEVRE ; Defrénois 2002, p. 259, obs. R. LIBCHABER.

⁵⁴² Cass. Civ. 1^e, 4 juin 2002, Bull. civ. I, n° 159 ; JCP 2002.IV.2276 ; « le caractère consensuel d'un contrat n'impose pas que les volontés contractuelles soient formulées de manière expresse ».

⁵⁴³ Cass. 1^e civ. 28 mars 2000, préc.,

⁵⁴⁴ *Ibid.*

⁵⁴⁵ Com. 21 janvier 2004, Bull. civ. IV, n° 13 ; D. 2004. 1149.

⁵⁴⁶ Com. 21 janvier 2004, Bull. civ. IV, n° 13 ; D. 2004. 1149, note C. JAMIN ; RTD com. 2004.352, obs. D. LEGEAIS ; JCP G 2004. II. 10062, note S. PIEDELIEVRE ; D. R. MARTIN, De l'ouverture de crédit, RD banc. fin. mars-avr. 2004. 134.

⁵⁴⁷ F. GRUA, « Le prêt d'argent consensuel », D., 2003, p. 1492. L'auteur estime encore qu'il « y a un paradoxe à entrer dans le consensualisme en chargeant le contrat d'une obligation en éventuel décalage par rapport aux volontés. Ce n'était peut-être pas par dévotion envers le droit romain qu'on classait le prêt d'argent parmi les contrats réels, mais simplement parce qu'on tablait sur l'hypothèse minimale et prudente que l'accord des volontés ne couvrirait que le remboursement », n° 4.

⁵⁴⁸ J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, Traité de droit commercial, t. 2, éd., Dalloz, 1966, n° 1786 ; Ch. JAMIN, *art. cit.*, n° 4.

⁵⁴⁹ F. GRUA, *art. cit.*, n° 6.

remboursement du fonds est écartée, l'opération de l'ouverture de crédit se rapproche clairement de la promesse du contrat de prêt réel⁵⁵⁰.

En vérité, le maintien d'une spécificité de l'ouverture de crédit, par rapport au prêt d'argent, n'a pas d'influence sur le caractère consensuel du prêt consenti par un établissement de crédit, pas plus que le consensualisme qui dominerait le système n'enlèverait leurs intérêts aux promesses de contrat⁵⁵¹. Si l'on admet que le mécanisme des promesses de contrats consensuels conserve l'ouverture de crédit, au regard du contrat définitif, l'on doit aussi admettre que le contrat d'ouverture de crédit se dissocie du contrat de prêt qu'il prépare⁵⁵². En d'autres termes, l'on peut concevoir que les conventions qui organisent l'ouverture de crédit diffèrent de celles portant promesses de remise de fonds et de la création corrélative d'une obligation de remboursement. Force est donc de constater que cette solution renforce la théorie classique des opérations de crédit, qui s'avère nécessaire lorsque le prêt d'argent consenti par un établissement de crédit n'est plus un contrat réel, mais un contrat consensuel.

175. En droit vietnamien, il existe une différence avec le droit français en ce qui concerne le contrat de prêt de consommation, notamment le prêt consenti par l'établissement du crédit. En effet, aux termes de l'article 471 du Code civil vietnamien, « le prêt de consommation est une convention par laquelle le prêteur livre à l'emprunteur un bien ; à l'échéance, l'emprunteur doit restituer au prêteur un bien de même espèce, de même quantité et de même qualité que le bien prêté et ne doit payer les intérêts que s'il en a été convenu ainsi entre les parties ou que si la loi le prévoit ». D'après cette définition, le contrat de prêt, en droit vietnamien, est similaire à celui du droit français. Néanmoins, l'article 473 du Code civil vietnamien dispose que « le prêteur est tenu de livrer le bien prêté conformément à la qualité, à la quantité, à la date et au lieu préalablement déterminés par les parties ». Cette disposition s'avère alors contradictoire par rapport à la définition du contrat de prêt de consommation, car elle impose au prêteur une obligation de transférer de l'argent à l'emprunteur. Autrement dit, elle présente le caractère consensuel du contrat de prêt de consommation, tandis que l'article 471 exige la remise de la chose pour la formation du contrat de prêt. Cette contradiction a été

⁵⁵⁰ J. HUET, Les principaux contrats spéciaux, sous la direction de J. GHESTIN, éd., LGDJ, 2001, n° 22129.

⁵⁵¹ Ph. DELECBEQUE, Fr.-C. DUTILLEUL, *op. cit.*, n° 832.

⁵⁵² V. FORRY, *op. cit.*, n° 175.

tranchée par la jurisprudence qui s'est prononcée en faveur du caractère réel du contrat de prêt de consommation⁵⁵³.

Ainsi, le prêt consenti par un professionnel du crédit en droit vietnamien est un contrat réel. Cette solution diffère donc de celle du droit français puisque selon ce droit, le prêt consenti par un établissement de crédit est un contrat consensuel. Au regard de la comparaison entre le droit français et le droit vietnamien, nous constatons que la solution en droit français est plus intéressante que la seconde. En effet, le maintien de la catégorie des contrats réels constitue le moyen d'attirer l'attention de celui qui effectue la remise sur le fait qu'il se soumet à la bonne foi de son cocontractant, lequel ne sera tenu de restituer que plus tard. M. SAINTE-ROSE estime que « l'immense majorité des prêteurs sont des professionnels qui n'ont pas besoin d'une protection particulière ». Il explique ainsi que les professionnels du crédit « font signer aux emprunteurs de véritables contrats d'adhésion en multipliant à leur profit des clauses stipulant des conditions et des garanties [...] le formalisme issu de la volonté des parties ne diffère pas sensiblement de celui imposé par le législateur »⁵⁵⁴. C'est pourquoi l'on vante la solution du droit français à l'égard du prêt consenti par un professionnel du crédit.

176. Dès lors, il est permis de constater que l'évolution récente du contrat de prêt d'argent est une belle illustration dans l'étude de l'évolution des contrats réels en droit français. Cette évolution, sous l'influence du droit de la consommation, joue un rôle important pour la requalification de la catégorie des contrats réels.

C. Le contrat de gage

177. La troisième et dernière évolution de la catégorie des contrats réels en droit français concerne le contrat de gage. Dans l'ancien droit français, il existait un contrat réel, d'après la thèse des partisans. En effet, l'article 2071 [ancien] du Code civil français disposait : « le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de sa dette ». L'article 2072 [ancien] du même Code précisait la nature juridique du contrat de gage : « le nantissement d'une chose mobilière s'appelle gage ». Ceci impliquait une dépossession effective du débiteur, ainsi que la mise en possession du créancier. De ce fait, la Cour de cassation a admis, à juste titre, que cette exigence était « de

⁵⁵³ Cour d'appel de HaNoi, arrêt n° 45, 22 avril 2005.

⁵⁵⁴ M. SAINTE-ROSE, *art. cit.*,

l'essence même du gage »⁵⁵⁵. En d'autres termes, la remise effective de la chose constituait, en principe, une condition de validité du gage, de sorte qu'à défaut, la convention entre les parties n'était qu'une simple promesse de gage⁵⁵⁶.

En effet, la dépossession et la mise en possession du débiteur ou d'un tiers convenues entre eux, constituant le caractère réel du gage, présentaient une notion générique englobant toutes les techniques de garantie du paiement des obligations. De ce point de vue, le contrat de gage réel comportait une double finalité : d'une part, il protégeait le créancier contre un risque de détournement du gage par le constituant ; et d'autre part, il assurait au créancier gagiste une prérogative opposable aux autres créanciers du constituant, dont les droits avaient pu entrer en conflit avec le sien sur l'objet mis en gage⁵⁵⁷. En dépit de cela, il convient d'admettre que ce caractère réel « présentait, en pratique, de nombreux inconvénients à la fois pour le créancier parce qu'il était tenu de conserver le bien, ce qui est source de frais, et pour le débiteur, parce qu'il ne pouvait pas l'utiliser pour son crédit des biens dont il ne pouvait se déposséder comme, par exemple, lorsque ceux-ci constituaient son outil de travail ou qu'ils étaient destinés à être exploités par lui »⁵⁵⁸.

178. Afin de remédier aux inconvénients du contrat de gage général, le législateur français a créé de multiples gages spéciaux sans dépossession qui s'apparentaient fortement à des hypothèques mobilières⁵⁵⁹.

Pour certains d'entre eux, la dépossession est totalement absente, leur efficacité est subordonnée à l'accomplissement d'une formalité de publicité. Ces gages et nantissements ressemblent à des hypothèques mobilières sans cesser totalement d'être des gages ou des nantissements puisque le législateur et la jurisprudence les ont organisés à titre de garantie. Ils

⁵⁵⁵ V. également Cass. req., 26 mars 1907 : DP 1909, 1, p. 58 ; Journ. not. 1907, art. 29127, p. 680. - Cass. civ., 19 février 1894 : DP 94, 1, p. 420 ; S. 94, 1, p. 273, note LYON-CAEN ; Journ. not. 1894, art. 25543, p. 661. - Cass. req., 24 janvier 1905 : DP 1905, p. 493 ; S. 1905, 1, p. 113, note Ch. Lyon-Caen. - CA Paris, 17 juin 1935 : Defrénois 1936, art. 24561, p. 510. - Cass. civ., 28 juin 1938 : Defrénois 1939, art. 25479, p. 283. - Cass. com., 12 novembre 1958 : Bull. civ. III, n° 387 ; - 6 avril 1960 : Bull. civ. III, n° 147, mais l'arrêt se borne à se retrancher derrière le pouvoir souverain des juges du fond relativement à l'intention des parties.

⁵⁵⁶ Cass. 1^o civ., 6 janvier 1994 : Juris-Data n° 1994-000053 ; Bull. civ. 1994, I, n° 4 ; JCP G 1994, I, 3765, n° 18. - CA Paris, 3^e ch., 10 oct. 1964 : D. 1965, p. 126. - CA Paris, 29 juin 1993 : RJDA 1993, n° 826.

⁵⁵⁷ D. LEGEAIS, *Réflexions sur le gage*, JCP. 1996. I.3897, n° 5.

⁵⁵⁸ P. CROCQ, *Rép. civ. Dalloz.*, V. Gage, n° 18. Voir aussi V.J. HAMEL, *Le gage sans dépossession du débiteur*, D. 1945, Chron., 37.

⁵⁵⁹ P. CROCQ, *op. cit.*, n° 18.

présentent, en outre, la particularité de ne jamais conférer de droit de rétention au créancier. Tel est, notamment, le cas du gage de l'outillage et du matériel d'équipement, créé par la loi du 18 janvier 1851, actuellement régi par les articles L.525-1 et suivants du Code de commerce. Tel est aussi le cas du nantissement du fonds de commerce régi par les articles 142-1 et suivants dudit Code, du nantissement de fonds artisanal disposé par l'article 22 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 sur le modèle du nantissement du fonds agricole, créé par l'article 11 de la loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 sur le même modèle.

L'autre catégorie de gages et de nantissements spéciaux sans dépossession est constituée par celle pour laquelle la publicité n'est pas une condition de validité de la sûreté, mais seulement une condition de son opposabilité aux tiers. La dépossession n'y est pas totalement absente puisque l'accomplissement de cette formalité confère au créancier une possession fictive du bien, ce qui peut lui permettre d'invoquer la protection de l'article 2279 du Code civil lorsque le gage a été constitué. Ces gages sont à mi-chemin entre les hypothèques mobilières et les gages avec dépossession, ceux-ci conférant un droit de rétention au créancier, même s'il est le plus souvent fictif. Certainement, cette catégorie de gages rend son efficacité moindre par rapport à celle attachée à la rétention effective du bien nanti ; par exemple, le warrant agricole⁵⁶⁰, le warrant hôtelier⁵⁶¹, le warrant pétrolier⁵⁶², le warrant sur les stocks de guerre⁵⁶³, le warrant industriel⁵⁶⁴.

La distinction entre les deux catégories de gages et de nantissements est particulièrement importante au regard des nullités obligatoires de la période suspecte. En effet, selon la jurisprudence française, l'article L. 632-1, 6° du Code de commerce s'applique à toutes les sûretés garantissant des dettes antérieurement contractées et dont la constitution s'est achevée au cours de la période suspecte. Afin de déterminer si tel est, ou non, le cas lorsqu'un gage ou un nantissement a été conclu avant la cessation des paiements, mais publié en période suspecte, il est nécessaire de savoir si la publicité est une formalité qui parachève la constitution de la sûreté, auquel cas cette dernière est nulle car sa constitution n'a été

⁵⁶⁰ Loi du 18 juillet 1898.

⁵⁶¹ Loi du 8 août 1913.

⁵⁶² Loi du 21 avril 1932.

⁵⁶³ Décret du 24 juin 1939.

⁵⁶⁴ Loi 12 septembre 1940.

terminée qu'après la date de la cessation des paiements⁵⁶⁵, ou si la publicité n'est qu'une simple condition d'opposabilité aux tiers d'une sûreté antérieurement constituée, auquel cas la sûreté demeure valable puisqu'elle a été constituée avant la cessation des paiements⁵⁶⁶.

179. L'extension des gages spéciaux sans dépossession, très utilisée en pratique, entraîne la discordance entre le gage commun énoncé par le Code civil et les gages spéciaux disposés par les lois spéciales. Afin d'adapter le droit du gage à la vie économique et de redonner une cohérence à cette sûreté, le législateur français a élaboré l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 figurant dans les articles 2284 à 2488 du Code civil. Aux termes de l'article 2336, le contrat de gage est « parfait par l'établissement d'un écrit »⁵⁶⁷. Cette disposition a donc mis fin au caractère réel du contrat de gage, « sa validité supposant désormais seulement la rédaction d'un écrit et la dépossession, au profit du créancier ou d'un tiers convenu n'est plus une simple condition d'opposabilité du gage laquelle peut être remplacée par l'accomplissement d'une formalité de publicité si les parties préfèrent constituer un gage sans dépossession »⁵⁶⁸. Autrement dit, le contrat de gage devient un contrat solennel puisque l'écrit constitue une condition de formation du contrat⁵⁶⁹. En l'absence de celui-ci, le contrat de gage n'est pas valable.

Si l'écrit constitue une condition de formation du contrat de gage, il importe de remarquer qu'il renforce incontestablement la protection des tiers et des parties contractantes. S'agissant des intérêts des tiers, l'écrit s'avère suffisamment protégé par les formalités de publicité requises, lesquelles laissent peu de place à la fraude. A côté de cet objectif, l'écrit est donc requis dans un souci de protection des parties, et notamment du débiteur. Dans le gage sans dépossession, il a pour fonction d'attirer l'attention du constituant sur la gravité de son

⁵⁶⁵ Cass. com. 28 janvier, 1997, Bull. civ. IV, n° 35, Dalloz Affaires 1997. 382, Dr. sociétés 1997, chron. 16, obs. Y. CHAPUT, RTD civ. 1998. 705, obs. P. CROCQ, JCP 1997. II. 22791, rapp. J.-P. RÉMERY, JCP 1997. I. 4033, n° 19, obs. P. DELEBECQUE, D. 1997, somm. 214, obs. A. HONORAT, D. 1998. 140, obs. M.-N. JOBARD-BACHELIER, Rev. proc. coll. 1998. 203, obs. B. LEMISTRE ; CA Paris, 15 novembre 2001, D. 2002, AJ 88.

⁵⁶⁶ V. Cass. 1^{er} civ. 10 juillet 1996, Bull. civ. I, n° 312, RTD civ. 1996. 955, obs. P. CROCQ, RD bancaire et bourse 1996. 236, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.

⁵⁶⁷ L'article 2336 du Code civil français ne s'applique pas au gage commercial. En matière commerciale, l'écrit n'est pas requis, comme le veut l'article L. 521-1 du Code de commerce français qui énonce que le gage « se constate à l'égard des tiers, comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'article L. 110-3 », c'est-à-dire par tous moyens. Autrement dit, le gage commercial est un contrat consensuel qui est parfait dès la rencontre des consentements.

⁵⁶⁸ P. CROCQ, *op. cit.*, n° 23.

⁵⁶⁹ L. AYNES, Le projet de réforme du droit des sûretés, RLDC, n° 03/2006, n° 25.

acte. L'exigence de dépossession est remplacée par l'exigence d'un écrit. Certes, cette solution accentue le formalisme du contrat de gage en vue de moderniser les sûretés réelles mobilières.

180. En droit vietnamien, la qualification du contrat de gage est incertaine à défaut de texte clair, sur le plan du droit positif. L'article 327 du Code civil vietnamien dispose que « le gage doit être passé par écrit ; il peut faire l'objet d'un contrat conclu séparément ou d'une clause insérée dans le contrat principal ». Si l'on consulte uniquement cet article, on peut remarquer que le gage en droit vietnamien est un contrat solennel. Néanmoins, l'article 328 du même Code précise que « le gage prend effet juridique à partir du moment où le bien mis en gage est remis au créancier gagiste ». Aux termes de cet article, le gage en droit vietnamien est un contrat réel. Effectivement, les deux textes du Code civil vietnamien précisent les deux catégories de contrat : l'un est solennel, l'autre est réel.

Sur le plan de la jurisprudence, la Cour vietnamienne déduit fréquemment de l'article 328 du Code civil vietnamien que le contrat de gage est subordonné à la remise de la chose⁵⁷⁰. A vrai dire, le contrat de gage, en droit vietnamien, est similaire à celui du droit français avant l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés. Cette condition s'expliquerait par la finalité de protection du créancier gagiste, d'après la doctrine vietnamienne. Pourtant, nous constatons que cette solution n'a aucune valeur économique parce qu'elle ne permet pas au débiteur d'utiliser la chose.

Afin d'éviter les discordances du régime du gage en droit vietnamien, il convient de le réformer. L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés du droit français présente une belle innovation dont le droit vietnamien pourrait s'inspirer. D'après l'article 2336 du Code civil français, le contrat de gage est désormais un contrat solennel.

181. Selon ce qui précède, soulignons que certains contrats réels en droit français ont évolué depuis la naissance du Code civil, notamment à partir de 1920. Cette évolution constitue une importance considérable afin de requalifier la catégorie des contrats réels en droit moderne.

⁵⁷⁰ Cour d'appel de Khanh Hoa, n° 245, le 15 juillet 2005.

§ 2. Le récapitulatif du contrat réel

182. Rappelons ici la définition du contrat réel. Il s'agit de contrats dont la formation suppose non seulement l'échange du consentement des parties, mais encore la remise de la chose qui en est l'objet. La remise de la chose, élément spécifique du contrat réel, constitue une condition supplémentaire de formation en s'ajoutant aux conditions de fond.

Selon les partisans de cette théorie, quatre contrats spéciaux, dans le Code civil français 1804, doivent être qualifiés de contrats réels. Tel est le cas des contrats de gage (l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés a supprimé la condition de remise de la chose), de dépôt, de prêt de consommation et de prêt à usage. La doctrine et la jurisprudence ultérieures y ajoutent le contrat de don manuel⁵⁷¹. Cette thèse s'appuie sur deux arguments notables : l'argument textuel et la tradition réelle. Elle s'explique surtout par la remise de la chose qui est une condition exclusive pour la formation du contrat. Cependant, force est de constater qu'elle nous convainc en raison du défaut de précision des rapports entre la remise de la chose et le consentement des parties. Cette étude nous permet donc de compléter cette carence et de proposer la conception moderne de la catégorie des contrats réels.

183. Sous l'influence du Code civil français, le Code civil vietnamien retient également la catégorie des contrats réels en reprenant ses textes. Il subordonne la validité de certains contrats à la remise effective d'une chose. Aux termes de l'article 512 du Code civil vietnamien, « le prêt à usage est une convention par laquelle le prêteur remet une chose à l'emprunteur pour que ce dernier s'en serve gratuitement pendant un certain temps. A l'expiration du prêt à usage ou à la satisfaction de l'objectif poursuivi par le prêt, l'emprunteur doit restituer la chose prêtée ». Cet article, qui adopte l'article 1875 du Code civil français cité, exige la remise de la chose comme condition de formation du contrat de prêt à usage. A propos du contrat de prêt de consommation, l'article 471 du Code civil vietnamien dispose : « le prêt de consommation est une convention par laquelle le prêteur livre à l'emprunteur son bien ; à l'échéance, l'emprunteur doit restituer au prêteur un bien de même espèce, de même quantité et de même qualité que le bien prêté ». Celui-ci s'inspire alors de l'article 1892 du Code civil français. Enfin, en matière de dépôt, l'article 559 du Code civil vietnamien reprend aussi l'esprit de l'article 1915 du Code civil français : « le

⁵⁷¹ V. *supra*, n° 168.

dépôt est une convention par laquelle, une partie, le dépositaire, reçoit un bien que lui confie l'autre partie, le déposant, à la charge de le garder et de le restituer en nature ».

A vrai dire, sur le plan du droit positif, ces textes du Code civil vietnamien reprennent ceux du Code civil français. Ils précisent que la remise de la chose est une condition supplémentaire de formation du contrat, venant s'ajouter aux conditions de fond. Cela s'explique par le fait que les rédacteurs vietnamiens ont consulté le Code civil français, ainsi que les avis de la doctrine française au cours de la rédaction de leur Code civil. Cependant, les contrats de don manuel et de gage présentent un point très différent de ceux du Code civil français. L'article 466 du Code civil vietnamien retient en effet que le don manuel « prend effet dès l'instant où le donataire reçoit le bien », c'est-à-dire qu'il se forme par la remise effective de la chose. Comme on le sait, en ce qui concerne le contrat de gage, c'est un contrat réel en droit vietnamien. Sur le plan de la jurisprudence vietnamienne force est de constater qu'il n'y a pas encore de solutions relatives à la remise de la chose. Ainsi, nous avons des difficultés à montrer minutieusement les caractères de la remise de la chose du contrat réel en droit vietnamien.

184. Le récapitulatif du contrat réel se trouve dans l'examen des caractères de la remise de la chose, élément spécifique du contrat réel. Il consiste en deux aspects que nous allons envisager : la remise de la chose (A) et ses finalités à l'égard du consentement des parties (B).

A. La remise de la chose

185. La remise de la chose, élément spécifique du contrat réel, doit marquer un acte volontaire fort de rupture entre le propriétaire et son bien. Elle est donc envisagée selon deux aspects : la notion de la remise de la chose (1) et ses effets (2).

1. La notion de la remise

186. Selon le vocabulaire juridique, la remise est le « fait de transférer à une personne la détention d'un bien, le plus souvent en exécution d'un contrat. Ex. remise de clés à un locataire, remise de fonds en avance ou en dépôt »⁵⁷². En matière de contrat réel, elle peut être définie comme un acte qui fait perdre au propriétaire la maîtrise de son bien au profit

⁵⁷² G. CORNU, Vocabulaire juridique, 8^e, éd, PUF, 2007, V. « remise ».

de l'*accipiens* ; en contrepartie, elle doit préserver et restituer le bien à l'échéance⁵⁷³. Il en résulte qu'elle implique à la fois le dessaisissement irréductible et la détention de la chose.

187. Le dessaisissement irréductible est le « fait d'abandonner soi-même la détention matérielle d'une chose, en faisant volontairement la remise effective entre les mains d'un tiers »⁵⁷⁴. Il contient deux éléments : le dessaisissement physique et le dessaisissement intellectuel⁵⁷⁵.

Le dessaisissement physique est une opération qui met effectivement la chose, objet du contrat réel, à l'*accipiens*⁵⁷⁶. Il fait corps avec la remise du contrat réel. Lorsqu'il fait défaut, la remise de la chose n'existe pas ; par voie de conséquence, l'accord des volontés des parties, qui ne vaut que la promesse de contrat réel, ne peut donner naissance au contrat⁵⁷⁷. A titre d'exemple, notons que le dessaisissement physique de la chose du contrat de don manuel conditionne la formation du contrat. De fait, « le don manuel n'a d'existence que par la tradition réelle que fait le donateur de la chose donnée effectuée dans des conditions telles qu'elle assure la dépossession de celui-ci et l'irrévocabilité de la donation »⁵⁷⁸. Le dessaisissement physique de la chose constitue préalablement la formation du don manuel, avant ce dessaisissement le donateur pouvait renoncer à la promesse qu'il avait faite et qui était sans valeur juridique⁵⁷⁹. Il en est de même du dessaisissement physique de la chose dans le contrat de prêt qui est une condition de formation de ce contrat. S'il n'a pas lieu, l'accord des volontés ne peut produire d'effets juridiques du contrat recherché par les parties⁵⁸⁰. De même encore, le dessaisissement physique du contrat de dépôt décide de la formation du

⁵⁷³ A.-F. EYRAUD, *Le contrat réel, Essai de renouveau par le droit des biens*, thèse, Université de Paris I, 2003, n° 162 et s.

⁵⁷⁴ G. CORNU, *op. cit.*, V. « dessaisissement ».

⁵⁷⁵ A.-F. EYRAUD, *op. cit.*, n° 163.

⁵⁷⁶ N. DECOOPMAN, *La notion de mise à disposition*, RTD. Civ., 1981, n° 5 et s., p. 302 ; A.-F. EYRAUD, *op. cit.*, n° 164.

⁵⁷⁷ Cass. civ., 18 mai 1898 : DP 1900, 1, p. 481, note L. SARRUT ; S. 1898, 1, p. 433, note C. LYON-CAEN. – Cass. civ., 21 mars 1938 : DH 1938, p. 257. – Cass. com., 12 novembre 1958 : Bull. civ. 1958, III, n° 387. – Pour l° prêt, Cass. 1° civ., 12 juillet 1977 : Bull. civ. 1977, I, n° 330. – Cass. 1° civ., 20 juillet 1981 : Bull. civ. 1981, I, n° 267 ; RTD civ. 1982, p. 427, obs. P. REMY.

⁵⁷⁸ Par ex., Cass. 1° civ. 11 juillet 1960, préc. ; CA Paris, 19 mars 1991, D. 1991, IR 126, JCP, éd. N, 1991.II.311 ; comp. Cass. 1° civ. 4 février 1964, Bull. civ. I, n° 66.

⁵⁷⁹ TGI Paris, 1° ch., 23 mars 1994, Mouvement SIONA, Association française de soutien à la YECHIVA BABA Sale : Juris-Data n° 1994-043227 ; A. DEBEAURAIN, *Les formes modernes du don manuel* : JCP N 1979, I, p. 276. - V. J.-Cl. Civil Code, Art. 931, fasc. 10 ou Notarial Répertoire, V° Donations entre vifs, fasc. 10. - Rapp. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, art. cit., n° 17 et s.

⁵⁸⁰ Cass. 1° civ., 20 juillet 1981 : Bull. civ. 1981, I, n° 267 ; RTD civ. 1982, p. 427, obs. REMY.

contrat de dépôt. S'il fait défaut, il n'y a pas de contrat de dépôt⁵⁸¹. *A fortiori*, nous pouvons conclure que le dessaisissement physique de la chose fait corps avec l'existence du contrat réel.

Le dessaisissement intellectuel est aussi un élément obligatoire pour la formation de la remise ; il est étroitement lié à la volonté du *tradens*⁵⁸². Il peut se définir comme la décision de l'une des parties pour la détention de l'autre partie. Par exemple, la remise de la chose du contrat de dépôt exige à la fois le dessaisissement physique de la chose gardée et l'intention du déposant, c'est-à-dire le dessaisissement intellectuel⁵⁸³. Un seul dessaisissement physique ne suffit pas pour former le contrat ; il ne constitue qu'un fait, alors que le dépôt est un contrat. Autrement dit, le dessaisissement intellectuel fait partie du dessaisissement⁵⁸⁴. Un autre exemple concerne le dessaisissement de la chose du contrat de don manuel, qui implique une intention libérale de la part du donateur. Dans un arrêt du 5 juillet 1973, la Cour de cassation a considéré qu'un contrat de don manuel ne s'était pas formé au motif de l'absence de la volonté du donateur, même si le donataire détenait la chose donnée⁵⁸⁵. Dans cette situation, la jurisprudence exige comme éléments constitutifs du don manuel, à la fois le dessaisissement physique et le dessaisissement intellectuel du donateur.

Un seul dessaisissement ne suffit pas pour créer la remise effective de la chose, laquelle exige encore la détention de *l'accipiens* du bien remis.

188. La détention de *l'accipiens* participe également de la remise de la chose, dans le contrat réel. Elle lui permet de prendre conscience de la portée de son engagement. En effet, on ne saurait imposer à *l'accipiens* une obligation juridique si celui-ci n'a aucune emprise sur la chose mise par *le tradens*. De ce point de vue, on peut constater qu'il y a obligation de restituer la chose dans le contrat réel.

⁵⁸¹ Cass. 1^e civ. 20 juillet 1981, Bull. civ. I, n° 267.

⁵⁸² R. SACCO, Un cryptotype en droit français : la remise abstraite ? *In* Mélanges R. Rodière, Dalloz 1981, p. 273 et s.

⁵⁸³ Selon l'article 1921 du Code civil, « le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit ». Par conséquent, pour qu'il y ait consentement et contrat de dépôt, il faut que le déposant ait l'intention de dessaisir intellectuellement la chose.

⁵⁸⁴ R. RODIERE, Ph. DELEBECQUE, Rép. Civ. Dalloz, V. Dépôt, 2010, n° 62 ; Fr. COLLART DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, 8^e, Dalloz, 2007, n° 797 ; Voir aussi T. com. Seine, 5 mars 1952, D., 1952. 484.

⁵⁸⁵ Cass. civ. 1^e, 5 juillet 1973 : Gaz. Pal. 1973, 2, som., p. 178. V. aussi. J. DEBEAURAIN, Les formes modernes de don manuel, JCP N et I, 1979.I, n° 11, p.278.

La détention se forme soit lorsque le dessaisissement est accompli, soit par la confirmation de *l'accipiens*. Elle est une réception active de la chose mise par *le tradens*, se manifestant de deux manières. Tantôt la détention de la chose est directement effectuée par *l'accipiens* (le donataire, l'emprunteur, le dépositaire), cette manière est fréquente dans le contrat réel ; tantôt, la détention est indirectement faite par le tiers, conformément aux règles convenues entre les parties. Tel est le cas lorsque le dépositaire est absent ; le déposant peut alors entreposer son bien dans un lieu mis à disposition par le dépositaire à cet effet⁵⁸⁶. Tel est aussi le cas du donateur qui remet au tiers la chose au profit du donataire⁵⁸⁷.

De toute évidence, la détention doit être faite d'une manière effective. Cela signifie que la remise de la chose est effectivement détenue par *l'accipiens* ou le tiers, conformément aux conventions entre les parties. Ainsi en est-il de la détention de la chose, objet du contrat de don manuel. Dans ce cas, la jurisprudence exige que la remise soit « effectuée dans des conditions telles qu'elle assure la dépossession définitive et irrévocable du donateur »⁵⁸⁸, c'est-à-dire la détention effective de la chose. Un autre exemple se trouve dans la détention du contrat de prêt de consommation. Tant que cette dernière n'est effectivement pas entre les mains du bénéficiaire, le contrat de prêt n'est pas formé⁵⁸⁹. Celui-ci « n'a droit qu'à des dommages-intérêts en cas d'inexécution et non à l'exécution en nature, la promesse et le prêt reprennent leurs distances »⁵⁹⁰. Cette solution s'applique fréquemment à l'ouverture de crédit cambiaire. Tant que l'emprunteur ne s'est pas approprié la somme, objet de l'ouverture de crédit, le prêteur peut toujours se rétracter⁵⁹¹. D'une façon générale, il peut constater que la détention effective détermine la remise effective de la chose du contrat réel.

La détention doit donc se rattacher à la volonté de *l'accipiens*. Cela s'explique par la remise de la chose qui n'est pas une mode d'exécution mais une condition de formation

⁵⁸⁶ Civ. 26 juin 1905 : DP 1905. 1.513, concl. BAUDOUIN.

⁵⁸⁷ V. Cass 1^e civ., 8 mars 1978 : Bull. civ. I, n° 98 ; JCP G 1978, IV, 149. - CA Versailles, 19 janvier 1990 : Juris-Data n° 1990-040145. - CA Orléans, 9 mars 1990 : Juris-Data n° 1990-041265.

⁵⁸⁸ Par ex., Cass. 1^e civ. 11 juillet 1960, préc. ; CA Paris, 19 mars 1991, D. 1991, IR 126, JCP, éd. N,

⁵⁸⁹ Civ. 1^e, 20 juillet 1081, Bull. civ.I, n° 267, p. 220 ; Gaz. Pal. 12-13 mars 1982, Pan., P. 93, note J.D.

⁵⁹⁰ Ph. REVY, Que le prêt de consommation est un contrat réel, RTD civ., 1982, n°428. Dans un arrêt du 20 juillet 1981, la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel de Paris qui a considéré qu'un prêt de consommation, contrat réel, ne se réalisait que par la détention effective de la chose prêtée à l'emprunteur lui-même, ou à un tiers qui la reçoit et la détient pour le compte de l'emprunteur.

⁵⁹¹ Cass. com., 21 janvier 2004 : Juris-Data n° 2004-022000, note O. SALATI, « L'ouverture de crédit ne constitue un prêt qu'à compter de son utilisation par l'emprunteur », JCP N et E, n° 18,, 29 avril 2004, 649.

distincte du contrat. De cette façon, la détention exige l'intention de *l'accipiens*. Le plus souvent, cet élément intentionnel est présumé tacitement par la détention effective de la chose réalisée par *l'accipiens*. Pour cette raison, la preuve de cet élément n'est pas nécessaire, si la détention de *l'accipiens* n'est pas entachée de vice⁵⁹².

189. En droit vietnamien, la remise de la chose, objet du contrat réel peut être analogue à celle du droit français. Elle se forme lorsqu'elle suppose les deux éléments réunis : le dessaisissement et la détention de la chose. Cela peut se justifier par le fait que les contrats réels du droit vietnamien s'inspirent du droit français. En effet, les articles 512 pour le prêt à usage, 471 pour le prêt de consommation, 466 pour le don manuel et 559 pour le dépôt, incorporent dans la définition de ces divers contrats la détention effective de la chose réalisée par *l'accipiens*. C'est pourquoi l'on peut affirmer que la notion de la remise de la chose en droit vietnamien, est similaire à celle du droit français, même si les solutions jurisprudentielles font défaut à l'heure actuelle.

190. Nous pouvons donc en déduire que la remise de la chose en droits français et vietnamien suppose à la fois les deux éléments : le dessaisissement et la détention effective de la chose. Au-delà de cette notion, il est utile de s'interroger sur ses effets.

2. Les effets de la remise

191. Lorsqu'on examine l'effet de la remise de la chose dans la catégorie des contrats réels, deux points doivent être envisagés : la détermination des types de transfert qu'elle réalise dans la catégorie des contrats réels (a) et les types de bien sur lesquels elle peut porter dans la catégorie des contrats réels (b).

a. La portée du transfert de la remise

192. Tout d'abord, il faut observer que la remise de la chose n'effectue pas le transfert de propriété du bien au profit de *l'accipiens*, selon la règle de l'article 1138 du Code civil français qui s'appliquerait généralement au contrat, mais elle réalise divers transferts, conformément à l'esprit de chaque contrat spécial. Elle entraîne tantôt un transfert de propriété ou d'utilisation, tantôt un simple transfert de détention du bien.

Conformément à la règle énoncée par l'article 1138 du Code civil français⁵⁹³, la remise dans certains contrats réels réalise le transfert de propriété du bien au profit de *l'accipiens* dès

⁵⁹² J. DEBEAURAIN, Les dons modernes de don manuel, JCP N et I, 1979.I. p. 278.

⁵⁹³ Selon l'article 1138 du Code civil français, « l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques

lors qu'elle est accomplie. Tel est le cas, par exemple, de la remise de la chose, objet du contrat de don manuel en droits français et vietnamien qui effectue un transfert de propriété de la chose donnée. Dans ce cas, le donataire devient propriétaire du bien dès lors que la remise est effectivement accomplie⁵⁹⁴. Il en est de même quand la remise de la chose du contrat de prêt de consommation permet à l'emprunteur de devenir propriétaire de la chose prêtée, dès son accomplissement. L'article 1893 du Code civil français dispose : « par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée ; et c'est pour lui qu'elle péricule, de quelque manière que cette perte arrive ». L'article 472 du Code civil vietnamien précise également que « l'emprunteur devient propriétaire du bien prêté à partir du moment de la réception du bien ». A propos de la remise du contrat de dépôt irrégulier qui effectue un transfert de propriété au profit du dépositaire⁵⁹⁵, l'article 1931, alinéa 2, du Code civil français déclare expressément : « le dépôt des sommes monnayées doit être rendu dans les mêmes espèces »⁵⁹⁶. Dans ces contrats, la remise de la chose effectue le transfert de propriété⁵⁹⁷.

Cependant, la remise du contrat de prêt à usage n'effectue pas le transfert de propriété ; il permet à l'*accipiens* d'utiliser la chose dans son intérêt propre. Elle est un acte « par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge pour le preneur de la rendre après s'en être servi », en vertu de l'article 1875 du Code civil français. Dans le même sens, l'article 512 du Code civil vietnamien dispose : « le prêt à usage est une convention par laquelle le prêteur remet une chose à l'emprunteur pour que ce dernier s'en serve gratuitement pendant un certain temps ». Effectivement, le prêteur reste propriétaire de son bien. Par exemple : dans un supermarché, le fait pour un client de prendre un des chariots mis à sa disposition, constitue un prêt à usage dans tous ses éléments. La seule obligation de

dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier. ».

⁵⁹⁴ Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, Droit civil, Les successions, Les libéralités, 3^e, éd, Dalloz, 1997, n° 493 et s.

⁵⁹⁵ Il y a dépôt irrégulier lorsque les parties conviennent que le dépositaire restituera non la chose remise mais une chose semblable. Le dépôt irrégulier est donc celui qui porte sur une chose que les parties ont considérée comme fongible.

⁵⁹⁶ Par ailleurs, l'existence du dépôt de chose de genre se déduit aussi de l'article 1293 du Code civil qui précise que la consommation – et celle-ci n'est possible qu'entre dettes portant également sur une somme d'argent, ou sur des choses fongibles de la même espèce, dit l'article 1291 – ne peut avoir lieu quand l'un des deux créanciers ces choses de genre entre les mains du dépositaire, qui aurait déjà dû les restituer, et que cela empêche qu'elles soient disponibles pour se compenser avec les choses du même genre que le créancier doit au dépositaire ; étant d'allure exceptionnelle, cette règle n'est pas étendue au mandat par les tribunaux, V. Com. 8 mars 1967, Bull. civ. III, n° 107.

⁵⁹⁷ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, Exist-t-il des contrats réels en droit français? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit français, RTD civ., 1985, n° 13, p. 10.

l'emprunteur, est en effet, d'utiliser le chariot aux fins prévues et de le restituer après usage⁵⁹⁸.

Contrairement aux deux cas déjà cités, la remise n'opère ni transfert de propriété ni transfert d'usage ; elle réalise simplement une transmission de la chose en vue de sa détention. Ainsi en est-il de la remise du contrat de dépôt en droits français et vietnamien, ayant pour finalité de recevoir « la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature »⁵⁹⁹. Au fond, la remise de la chose est essentielle à son existence et transfère une obligation de garde sur la chose d'autrui.

A vrai dire, la remise de la chose, objet du contrat réel opère différents transferts. En effet, elle transfère la propriété pour le don manuel, le dépôt irrégulier et le prêt de consommation, l'usage pour le prêt à usage, et enfin la simple détention de la chose pour le dépôt régulier. Ce sont les points communs entre le droit français et le droit vietnamien.

b. Les biens susceptibles de la remise

193. La remise implique le dessaisissement physique. Ainsi, il semble qu'elle ne puisse pas porter sur les choses immobilières, incorporelles, consommables et fongibles. Or, en réalité, il existe certains contrats réels dont la remise peut porter sur ces choses. Dans ce cas, l'objet de la remise ne serait pas subordonné au déplacement physique, mais plutôt à la nature de chaque contrat spécial.

194. La remise porte en principe sur tous les meubles corporels puisque ceux-ci sont faciles à déplacer. Ainsi en est-il, par exemple, de la remise dans le don manuel en droit français et en droit vietnamien qui ne porte que sur les biens meubles corporels sauf exception⁶⁰⁰ en raison de la propriété pouvant se transmettre par simple tradition de la main à

⁵⁹⁸ J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 450, p. 416.

⁵⁹⁹ Article 1915 du Code civil français. De même, l'article 559 du Code civil vietnamien dispose que « le dépôt est une convention par laquelle, une partie, le dépositaire, reçoit un bien que lui confie l'autre partie, le déposant, à la charge de la garder et de la restituer en nature, moyennant une rémunération, sauf s'il s'agit d'un dépôt gratuit ».

⁶⁰⁰ La remise de la chose du contrat de don manuel ne peut pas porter sur les meubles soumis à formalités spéciales de transfert de propriété, bien qu'ils soient susceptibles de tradition réelle. En effet, le respect de la formalité fait obstacle à ce que la tradition associée au concours des volontés du donateur et du donataire opère un effet translatif. Aussi, considère-t-on généralement que les navires, les bateaux de navigation intérieure et les aéronefs échappent à l'emprise du don manuel au motif que leur transfert requiert une immatriculation.

la main⁶⁰¹. En conséquence, il est aisé d'avancer que la remise n'a pas pour objet des biens immeubles. Autrement dit, ces biens ne peuvent pas « être l'objet d'un don manuel »⁶⁰² au motif de la tradition manuelle.

Comme la remise dans le don manuel, la remise dans le contrat de dépôt en droits français et vietnamien ne peut avoir pour objet que des choses mobilières. De cette façon, elle ne porte pas sur des immeubles parce qu'ils ne peuvent pas être déplacés⁶⁰³. En ce sens, la jurisprudence a admis que « le fait par un propriétaire de confier ses clefs à un individu pour donner ses soins à sa maison, pourrait être considéré comme un dépôt des clefs et même des meubles, mais non de la maison »⁶⁰⁴. De la même façon, la remise dans le contrat de prêt de consommation ne peut pas porter sur le bien immeuble puisqu'il est incompatible avec la nature de ce contrat⁶⁰⁵.

Néanmoins, la situation est différente pour la remise de la chose dans le contrat de prêt à usage. Elle peut porter sur les biens immeubles⁶⁰⁶. Dans un arrêt du 5 juillet 1960, la Cour de cassation a statué sur la responsabilité d'un incendie survenu dans un bois où des scouts avaient été autorisés à camper, considérant que ceux-ci avaient bénéficié d'un véritable prêt à usage⁶⁰⁷. Dans ce cas, la remise du contrat à usage, moyen de transfert d'usage de la chose au profit de l'emprunteur, est parfaitement adaptable aux biens immeubles. Le fondement de cette solution est que l'on ne s'attache pas à la nature de la corporalité de la chose, objet de la remise, mais à sa maîtrise.

195. Quant aux biens corporels et incorporels, la remise de la chose présente deux aspects différents. Tout d'abord, les biens corporels sur lesquels la remise porte facilement, « peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les

⁶⁰¹ M. PLANIOL et G. RIPERT, t. 5, n° 383 ; MAZEAUD, t. 4, 2^e vol., n° 1463 ; Fr. TERRE et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 493 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil : Les successions. Les libéralités*, 1993, Cujas, n° 398 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, éd., A. Colin, 1982, n° 83.

⁶⁰² Cass. com., 8 juillet 1997, note L.MARTIN. JCP N et I. 1998 n° 1, p. 17.

⁶⁰³ BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. 12 par R. RODIERE, n° 269. - Pourtant V. C. civ., art. 1961-2° prévoyant le séquestre d'un immeuble.

⁶⁰⁴ R. RODIERE, Ph. DELEBECQUE, *Rép. civ. Dalloz*, V. Dépôt, 2010, n° 14.

⁶⁰⁵ J.-R. MIRBEAU-GAUBI, *Rép. civ. Dalloz*, V. Prêt, 2010, n° 287.

⁶⁰⁶ BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, t. 12, n° 619 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 11, par SAVATIER, éd., LGDJ, 1932, n° 1128.

⁶⁰⁷ Cass. 1^e civ. 5 juillet, D. 1960. 709.

animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées »⁶⁰⁸. Plus précisément, « la remise du don manuel porte sur tous les biens mobiliers corporels, parce que leur propriété est transmissible de la main à la main »⁶⁰⁹. De même, la remise dans le contrat de dépôt en droits français et vietnamien a pour objet les biens corporels, conformément à l'esprit du dépôt déduit de l'article 1919 du Code civil français⁶¹⁰, ainsi que celui de l'article 512 du Code civil vietnamien. Il ne fait aucun doute que la remise du contrat de prêt à usage porte aussi sur les biens corporels, d'après la finalité du prêt à usage. Effectivement, la remise s'avère compatible avec ces derniers.

A la différence des biens corporels, il paraît difficile, pour la remise, d'être compatible avec les biens incorporels. En effet, la jurisprudence française juge que la remise dans le don manuel ne porte pas sur les biens incorporels car leur nature abstraite les rend impropres à une remise de la main à la main⁶¹¹. A titre d'exemple, la remise d'un livret de caisse d'épargne est impuissante à transférer par don manuel la créance contre la banque⁶¹². Or, il existe, en réalité, une exception en matière de don manuel. La jurisprudence française admet que sa remise peut porter sur certaines choses incorporelles telles que les valeurs mobilières dématérialisées⁶¹³, « une œuvre inconnue, non signée, son possesseur, présumé propriétaire, qui n'a pas l'intention de révéler le véritable auteur doit être présumé titulaire du droit moral de divulgation et du droit patrimonial d'exploitation »⁶¹⁴.

Comme la remise du contrat de don manuel, celle du contrat de dépôt ne peut pas faire l'objet de biens incorporels car ceux-ci ont une existence purement abstraite, qui ne peuvent

608 Cependant, il faut dire que la remise des dons manuels est insusceptible de porter sur les biens corporels en raison des conditions de fait très particulières dans lesquelles ils sont remis à leur bénéficiaire, soit en raison des conditions juridiques de leur transfert. Par exemple, les présents et cadeaux d'usage, les véhicules automobiles dont l'immatriculation est obligatoire, qui sont exclus des dons manuels.

609 A. COLOMER, *Rép. civ.* Dalloz, Don manuel, 2010, n° 106. Voir aussi M. PLANIOL et G. RIPERT, t. 5, n° 383 ; MAZEAUD, t. 4, 2^e vol., n° 1463 ; Fr. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les successions. Les libéralités*, 2^e éd., 1988, Précis Dalloz, n° 493 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, n° 398.

610 R. RODIERE, Ph. DELEBEECQUE, *Rép. civ.* Dalloz, V. Dépôt, éd., 2010, n° 15.

611 A. COLOMER, *op. cit.*, n° 116. Voir aussi CA Nancy, 29 avril 1893, DP 94.2.335 ; CA Riom, 1^{er} février 1973, D. 1973. somm.159, Gaz. Pal. 1973.2.797, note D. MARTIN.

612 G. PACILLY, thèse, préc., n° 112 ; N. PETERKA, thèse, préc., n° 379.

613 H. HOVASSE, *Valeurs mobilières dématérialisées*, JCP N et I, 1998, n° 47, p. 1666.

614 J. DEBEAURAIN, *Les formes modernes de don manuel*, JCP N et I, 1979.I, n° 49, p. 285.

pas donner lieu à garde⁶¹⁵. Cette solution s'applique également à la remise dans le contrat de prêt de consommation au motif que la consomptibilité d'une chose n'est pas compatible aux biens incorporels. Cependant, à l'égard du contrat de prêt à usage, la remise s'applique facilement aux biens incorporels comme la « licence de marque ou de brevet sans rémunération »⁶¹⁶ du fait que ces biens soient compatibles avec l'esprit des contrats de prêt à usage⁶¹⁷. Cette solution est reprise par le droit vietnamien. Aux termes de l'article 513 du Code civil vietnamien, « toute chose qui ne se consomme point par l'usage, peut faire l'objet d'un prêt à usage ». Ce texte indique que la plupart des types de biens peut faire l'objet d'une remise. On en déduit que la remise du contrat de prêt à usage, en droit vietnamien, peut porter sur les biens incorporels.

196. Enfin, la question est de savoir si la remise dans le contrat réel peut porter sur les biens fongibles et consommables. La réponse dépend de chaque nature de contrat réel. D'abord, si la remise effectue un transfert de propriété vers *l'accipiens* ou la détention des biens, elle peut avoir des biens fongibles pour objet. Tel est le cas de la remise du don manuel en droits français et vietnamien qui a pour objet les biens fongibles, puisqu'elle effectue un transfert de propriété au profit du donataire.

La remise dans le prêt de consommation porte de même sur les biens fongibles : par exemple, un grain de blé diffère d'un autre grain de blé ; ceci correspond à l'esprit du prêt de consommation. Notamment, l'article 1892 du Code civil français énonce expressément que la remise porte sur les biens fongibles : « le *mutuum* est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité ». De même, l'article 471 du Code civil vietnamien précise que les biens fongibles peuvent être l'objet d'une remise dans le prêt de consommation : « le prêt de consommation est une convention par laquelle le prêteur livre à l'emprunteur un bien ; à l'échéance, l'emprunteur doit restituer au prêteur un bien de même espèce, de même quantité et de même qualité que le bien prêté ».

En outre, une même conclusion s'impose pour le contrat de dépôt. De ce point de vue, l'article 1931, alinéa 2, du Code civil français dispose : « le dépôt des sommes monnayées doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il a été fait, soit dans le cas d'augmentation, soit

⁶¹⁵ R. QUENAUDON, J.-Cl. Civil Code, Art. 1915- 1920, Fasc. unique, n° 23 ; R. RODIERE : Rép. civ. Dalloz., V. Dépôt, n° 14. - Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, n° 861.

⁶¹⁶ J.-R. MIRBEAU-GAUVIN, Rép. Civ. Dalloz, V. Prêt, 2010, n° 19.

⁶¹⁷ T. civ. Seine, 23 juin 1903, Gaz. trib. 1903.2.138.

dans le cas de diminution de valeur ». Ainsi, sa remise a pour objet une chose fongible, par exemple, « des sommes d'argent déposées chez un banquier, et dont celui-ci peut se servir à chaque instant et à son gré, la force majeure à la charge du banquier »⁶¹⁸. La remise du contrat de dépôt en droit vietnamien fait l'objet de biens fongibles parce que la finalité du contrat est seulement la garde des biens ; peu importent les biens fongibles ou non-fongibles.

A l'inverse, la remise dans le contrat de prêt à usage ne peut pas avoir pour objet des biens fongibles. En effet, les articles 1879 du Code civil français et 513 du Code civil vietnamien donnent une même formulation : « toute chose qui ne se consomme point par l'usage, peut faire l'objet d'un prêt à usage »⁶¹⁹. Or, la doctrine et la jurisprudence admettent que la remise peut certainement porter sur les biens fongibles si l'usage dont les parties sont convenues n'est pas de les consommer. Tel est le cas de la remise portant sur les denrées destinées à l'exposition⁶²⁰.

Ensuite, à propos des biens consommables, lorsque la remise effectue un transfert de propriété ou une simple garde de la chose, elle peut porter sur ces biens. Ainsi en est-il du don manuel, du prêt de consommation et du dépôt en droits français et vietnamien. En revanche, la remise dans le contrat de prêt à usage est différente, en ce sens qu'elle ne porte en principe pas sur les biens consommables, d'après la formulation posée par les articles 1894 du Code civil français et 513 du Code civil vietnamien. Cependant, la doctrine française a depuis longtemps contesté cette règle puisqu'il existe en pratique une remise de choses consommables uniquement destinées à être exposées⁶²¹.

197. Dès lors, il est permis de conclure que la remise dans le contrat réel est parfaitement adaptable à plusieurs types de biens, et elle effectue divers transferts juridiques, conformément à l'esprit de chacun. D'abord, elle effectue plusieurs transferts suivant la nature de chaque contrat spécial. Ensuite, elle s'avère compatible non seulement aux biens meubles corporels, mais aussi à d'autres types de biens tels que les biens immeubles, et les

⁶¹⁸ R. RODIERE et Ph. DELEBECQUE, Rép. civ. Dalloz..., V. Dépôt, n° 136.

⁶¹⁹ L'article 513 du Code civil vietnamien. En droit français, l'article 1878 du Code civil français indique aussi : « toute ce qui est dans le commerce, et qui ne se consomme pas par l'usage, peut être l'objet de cette convention ».

⁶²⁰ Fr. GRUA, N. CAYROL, J.-CL. Civil Code, Art. 1874, Fasc. unique, n° 12.

⁶²¹ G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, Traité théorique et pratique de droit civil, t. XXIII, De la société, du prêt, du dépôt : 3^e éd., 1907, n° 601 ; C. AUBRY et C. RAU, Droit civil français, t. 6, 7^e éd., Litec, 1975, par A. PONSARD et N. DEJEAN de La BATIE, § 39 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, Contrats civils, t. XI, par A. ROUAST, J. LEPARGNEUR, R. SAVATIER et A. BESSON, Traité pratique de Droit civil français, éd., LGDJ, 1954, n° 1128.

meubles incorporels et parfois incompatible, selon chaque contrat spécial. Ainsi, elle a pour finalité de protéger les parties contractantes.

B. Les finalités de la remise

198. Comme on le sait, la remise de la chose dans le contrat réel suppose à la fois le dessaisissement et la détention de la chose. En ce sens, elle présente des relations avec le consentement des parties (1). La remise traduit l'extériorisation de la volonté des parties contractantes. Elle s'inscrit naturellement dans la formation du contrat, assurant ainsi la prise de conscience sur les parties de leur engagement. De ce fait, elle a pour finalité d'établir une relation contractuelle d'équilibre au profit du *tradens* (2).

1. La remise détermine le consentement

199. La caractéristique du contrat réel réside dans le caractère expressif de la remise de la chose, formalisme du contrat réel, cette dernière n'étant en effet pas un simple élément accessoire, greffé à l'opération, mais participant de la formation du contrat. A cet égard, elle renforce l'échange du consentement des parties.

200. Dans le premier cas, la remise s'intègre dans l'échange du consentement des parties⁶²². Elle le matérialise sans elle aucun lien d'obligation contractuelle ne peut être noué⁶²³. Ainsi en est-il de la remise dans le don manuel en droits français et vietnamien : « la simple promesse verbale de gratification est sans aucune valeur juridique, quand bien même elle aurait été acceptée par le bénéficiaire »⁶²⁴. En réalité, « le don manuel n'a d'existence que par la tradition réelle que fait le donateur de la chose donnée, effectuée dans des conditions telles qu'elle assure la dépossession de celui-ci et assure l'irrévocabilité de la donation ; la remise seule caractérise le don manuel et avant cette remise le donateur peut renoncer à la promesse qu'il a faite »⁶²⁵.

⁶²² G. PACILLY, *op. cit.*, n° 84, p. 219; A. COLOMBER, *op. cit.*, n° 74.

⁶²³ H. LECUYER, Des donations échappant au formalisme légal, Dr et patr., 2006, n° 115 et s.

⁶²⁴ V. A. DEBEAURAIN, Les formes modernes du don manuel, JCP éd., N et I. 1979. I. p. 267 et s. Voir aussi M.-N. JOBARD-BACHELLIER, Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif, RTD civ., 1985, n° 15, p. 11 ; G. PACILLY, Le don manuel, éd, Dalloz, 1936, n° 80, p. 209.

⁶²⁵ Par ex., Cass. 1° civ. 11 juillet 1960, préc. ; CA Paris, 19 mars 1991, D. 1991, IR 126 ; JCP, éd. N, 1991.II.311 ; comp. Cass. 1° civ. 4 février 1964, Bull. civ. I, n° 66. Voir aussi A. COLOMER, Rép. civ. Dalloz, V. Don manuel, 2010, n° 46.

Par conséquent, toute remise intervenant après le décès du donateur est sans effet juridique même si sa volonté paraît certaine. Lorsque la remise doit « s'opérer par l'intermédiaire d'un tiers qui se présente comme un mandataire du donateur, la jurisprudence estime systématiquement que, faute de remise avant le décès du donateur, la remise cesse de valoir par la suite »⁶²⁶. Dans ce cas, la jurisprudence nie la promesse consensuelle du don manuel, c'est-à-dire qu'elle réfute l'échange des volontés des parties. De même, la seule remise effective ne peut pas être qualifiée de don manuel si elle n'accompagne pas leur consentement. La jurisprudence française s'est prononcée en ce sens : « le don manuel est nul lorsque le prétendu donateur avait un ramollissement cérébral », s'il a été victime de « manœuvres louches »⁶²⁷.

Pour qu'un acte puisse être qualifié de don manuel, le concours des volontés des parties et la remise de la chose sont nécessairement concomitants. En fait, le moment donné du concours des volontés doit coexister avec la remise effective de la chose. C'est pourquoi l'on peut confirmer que la remise, dans le contrat de don manuel, matérialise le consentement des parties.

201. Dans le deuxième cas, la remise participe aussi à la formation du contrat réel mais elle ne matérialise pas le consentement des parties, qui confortent spontanément leur volonté par voie d'une expression tacite de consentement. Dans cette perspective, la remise n'encadre pas l'expression du consentement, qui constitue donc un formalisme moins rigide que celui du premier cas. Il s'agit de la remise des contrats de prêt, de dépôt et de gage⁶²⁸ qui « vivifie le consentement des parties »⁶²⁹ d'une façon définitive.

A cet égard, l'échange des volontés, qui peut créer un lien d'obligation contractuelle, ne suffit pas pour créer un contrat définitif. Dans ce cas, la jurisprudence admet la validité des promesses consensuelles de contrats réels d'une façon réduite, par exemple ; comme les promesses de contrat de prêt⁶³⁰, de contrat de dépôt⁶³¹ et de gage⁶³². « Au cas où le promettant

⁶²⁶ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *art. cit.*, n° 15, p. 11.

⁶²⁷ Cass. req. 15 mai 1935, DH 1935.329 ; adde : TGI Avesnes, 30 mars 1971, Gaz. Pal. 1972.1.somm. 5 ; Cass. 1^{re} civ. 4 janvier 1984, D. 1984, IR 476, obs. D. MARTIN.

⁶²⁸ Il s'agissait du contrat de gage avant la réforme de l'ordonnance du 23 mars 2006.

⁶²⁹ BAUDRY-LACANTINERIE, et A. COLIN, *Traité de droit civil*, 3^e éd., 1905, t. 1, p. 527.

⁶³⁰ Cass. 1^{re} civ., 20 juillet 1981 : Bull. civ. 1981, I, n° 267 ; RTD civ. 1982, p. 427, obs. P. RÉMY.

⁶³¹ Cass. 1^{re} civ., 20 juillet 1981 : Bull. civ. 1981, I, n° 267.

⁶³² CA Douai, 26 janvier 1893 : S. 1893, 2, p. 233, note C.L.C.

n'exécuterait pas sa promesse, il pourrait être condamné à des dommages-intérêts »⁶³³. En effet, si la remise de la chose n'a pas lieu, l'accord de volontés des parties est dépourvu d'effets juridiques.

202. La remise de la chose dans le contrat réel présente des liens variables par rapport aux consentements des parties en droit français. D'une part, elle matérialise leur consentement ; d'autre part, elle le renforce. A la différence du droit français, le droit vietnamien matérialise le consentement des parties dans tous les contrats réels. En effet, la jurisprudence n'admet pas la validité des promesses de contrats réels. Si le promettant n'exécute pas sa promesse, il ne peut pas être condamné à des dommages-intérêts. Véritablement, cette solution, en droit vietnamien, correspond à la conception du droit français de la remise de la chose dans le don manuel. Elle peut être expliquée par la tradition du droit vietnamien : l'absence de remise de la chose est considérée comme caractérisant l'inexistence du lien d'obligation contractuelle.

En réalité, il existe des rapports entre la remise de la chose et le consentement des parties dans la catégorie des contrats réels. De ce fait, il convient d'envisager les finalités de la remise de la chose pour les parties contractantes.

2. La protection des contractants

203. La remise participe à la formation du contrat réel ; sans elle, le seul accord des volontés des parties ne peut donner naissance au contrat définitif. A juste titre, elle contribue à protéger leur consentement quant à la détermination de la chose, objet du contrat. En effet, on observe que les contrats réels ont pour but la restitution d'une chose transmise sauf don manuel. Les parties s'entendent au préalable sur la nature, la quantité et la qualité de la chose. Dans cette situation, elles ont pour finalité de mieux prendre conscience de la nature et de la portée de leur engagement en remettant l'objet de la convention au moment où le contrat est conclu. Cette observation s'explique plus clairement par l'objectif de la remise de la chose dans les contrats de don manuel, de prêt et de dépôt.

204. Le don manuel est un contrat réel, c'est-à-dire qu'il « n'a d'existence que par la tradition réelle que le fait pour le donateur de la chose donnée, effectuée dans des conditions telles qu'elle assure la dépossession de celui-ci, et assure l'irrévocabilité de la donation »⁶³⁴.

⁶³³ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 148.

⁶³⁴ Cass. 1^e civ., 11 juillet 1960 ; Bull. civ.I, n° 382 ; D. 1960, p. 702, note P. VORIN.

Ainsi, la remise constitue une condition de validité du don manuel, non en raison d'une quelconque nature des choses, mais parce qu'elle est, au moins en partie, censée considérée comme un formalisme de substitution par rapport à l'acte authentique, puisqu'elle a aussi pour objet de protéger le donateur⁶³⁵. En ce sens, VOIRIN écrivait : « la tradition réelle, qui opère le dépouillement actuel, est un équipollent de l'acte notarié exigé, en principe, par l'article 931, parce que, comme l'acte notarié rédigé en minute, elle dépouille irrévocablement le donateur [...] Le disposant est donc protégé contre les entraînements irréfléchis »⁶³⁶.

En conséquence, si « le don manuel est devenu un contrat réel, c'est donc aux fins de protéger le donateur contre les éventuelles défaillances de sa propre volonté. La logique instrumentale l'a emporté sur des considérations tirées de la nature des choses »⁶³⁷.

205. C'est un même objectif de protection de l'emprunteur non professionnel qui a justifié la solution de la Cour de cassation française, le 28 mars 2000 : « le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel ». Cette solution est alors expliquée par « l'immense majorité des prêteurs qui sont des professionnels qui n'ont pas besoin d'une protection particulière ». En effet, poursuit-il, dès l'instant que les professionnels du crédit font « signer aux emprunteurs de véritables contrats d'adhésion en multipliant à leur profit des clauses stipulant des conditions et des garanties [...] le formalisme issu de la volonté des parties ne diffère pas sensiblement de celui imposé par le législateur »⁶³⁸. La Cour de cassation a immédiatement apporté une réponse définitive à la qualification du contrat de prêt : « le prêt qui n'est pas consenti par un établissement de crédit est un contrat réel qui suppose la remise de la chose »⁶³⁹. La qualification de prêt réel est positive : le formalisme de la remise permet au prêteur de prendre conscience de la portée de son acte de volonté⁶⁴⁰. En effet, la remise du contrat réel a pour finalité d'informer et de protéger la volonté des parties

⁶³⁵ H. LECUYER, *art. cit.*, n° 115 et s.

⁶³⁶ VOIRIN, *note, cit.*, p. 19.

⁶³⁷ Ch. JAMIN, *Eléments d'une théorie réaliste des contrats réels*, in *Etudes offertes à J. BEGUIN, Droit et actualité*, éd., Litec, 2005, n° 27, p. 401. Voir aussi N. PETERKA, *Les dons manuels*, thèse de l'Université de Paris 2, éd., LGDJ, 2001, n° 338.

⁶³⁸ Ch. JAMIN, *art. cit.*, n° 27, p. 401.

⁶³⁹ Cass. 1^{er} civ., 7 mars 2006, n° 02-20.374, Bull. civ. I, n° 138, JCP G 2006, II, n° 10109, note S. PIEDELIÈVRE, RDC 2006, p. 778, obs. P. PUIG., Dr. & patr. 2006, n° 152, p. 90, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

⁶⁴⁰ L. LEVENEUR, *Classification des contrats : le rétrécissement de la catégorie des contrats réels est engagé*, JCP G 2000, 30 août 2000, n° 35, p. 12 ; GHESTIN, *La formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, n° 452 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, n° 313 ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 142.

dans un contrat déséquilibré⁶⁴¹. Dorénavant, « l'objectif de protection des contractants est susceptible de déterminer la qualification de contrat réel : s'il est avéré que la remise ne protège pas le contractant ou que ce dernier n'a pas besoin d'être protégé, il n'aura pas lieu de l'adopter »⁶⁴².

206. Le caractère réel du contrat de dépôt peut se justifier par la finalité de protection du déposant puisque celui qui « se soumet à la bonne foi du dépositaire, lequel ne sera tenu de restituer que plus tard, [...] peut y avoir intérêt à soumettre la formation du dépôt à la remise de la chose, afin que ce déposant prenne conscience de la gravité de son acte »⁶⁴³. C'est pourquoi la remise est destinée à protéger le déposant.

207. Force est donc de constater que la remise de la chose a pour finalité de protéger les parties. Elle est envisagée comme une formalité destinée à vivifier leur consentement en leur permettant d'attirer l'attention de celui qui y procède, et qui prend ainsi conscience de se déposséder unilatéralement, sur la gravité du contrat et les dangers auxquels il s'expose : risque de détournement de l'objet du dépôt, risque de non restitution de l'objet du prêt. Pour cette raison, elle traduit l'importance du déplacement de valeur et exprime une conception moins intellectuelle, plus concrète, et par là, plus vraie, des relations contractuelles. Ainsi, l'échange du consentement du contrat réel est plus renforcé que celui du contrat consensuel en raison de la présence d'un formalisme de la remise qui participe à la formation du contrat.

Quant au droit vietnamien, la remise de la chose du contrat réel a aussi pour finalité de protéger l'un des contractants jugé en situation d'infériorité. L'explication de cette observation est analogue à celle du droit français. La remise matérielle de la chose qui fait l'objet du contrat est un moyen d'attirer l'attention de celui qui doit l'effectuer sur le fait qu'il se soumet à la bonne foi de son cocontractant, lequel ne sera tenu de la restituer que plus tard.

208. Dès lors, il ne fait aucun doute que la remise de la chose constitue un moyen de protéger les contractants. Cette explication sous l'angle de la protection des parties renforce la thèse des partisans soutenant la catégorie des contrats réels. Mais cela ne signifie pas que les contrats réels en droit moderne n'ont pas changé depuis le droit romain. En fait, ils n'ont cessé de se développer, notamment pendant les quelques dernières décennies. La tradition réelle de la chose du contrat réel, en droit moderne, a évolué dans le droit romain, en vue de

⁶⁴¹ *Ibid.*

⁶⁴² Ch. JAMIN, *art. cit.*, n° 29, p. 403.

⁶⁴³ *Ibid.*

s'adapter à l'environnement économique et social de la société moderne. Dans cette situation, il importe de constater qu'il existe une catégorie des contrats réels en droit moderne. Son existence s'explique par de multiples raisons. Tout d'abord, le droit positif nous montre clairement l'existence d'une catégorie des contrats dans laquelle la formation du contrat dépend de la remise d'une chose. Ensuite, la jurisprudence l'a admise comme un élément du droit moderne dans lequel la remise de la chose constitue une condition de formation du contrat. Enfin, au regard du formalisme du contrat, la remise du contrat réel apparaît comme un moyen de protéger un contractant considéré comme étant dans une situation juridique d'infériorité.

Partie 2. Le formalisme atténué

209. On parle de formalisme atténué lorsqu'une forme est requise pour l'efficacité du contrat. A cet égard, il se sépare du formalisme accentué sur deux points.

Le premier concerne la différence entre la forme légale et le mode d'extériorisation du consentement. Comme on le sait, le formalisme accentué encadre l'expression de la volonté des parties dans une forme déterminée par la loi ; à défaut, leur acte juridique ne produit pas d'effets juridiques⁶⁴⁴. En revanche, le formalisme atténué ne s'intéresse pas directement à l'existence ni à l'intégrité du consentement des parties, et il s'impose simplement en vue de renforcer l'efficacité de l'acte juridique dans certaines situations particulières⁶⁴⁵. En effet, la forme du consentement peut être dissociée de celle du contrat : le consentement peut être extériorisé sous une forme librement choisie par les parties et le contrat se forme valablement sous cette forme alors qu'il ne produit pleinement des effets juridiques que si les formalités requises sont accomplies par les parties.

En deuxième lieu, le formalisme atténué se distingue du formalisme accentué sur la sanction juridique en cas d'inobservation des formalités requises. Si le formalisme accentué fait défaut, la sanction susceptible d'être prononcée est la nullité ou l'inexistence. A l'inverse, le formalisme atténué n'est pas sanctionné par la nullité ou l'inexistence de l'acte juridique, mais l'inefficacité juridique à un degré quelconque.

210. Au sein de ce formalisme atténué on distingue les formes probatoires (Chapitre 1) et les formes de publicité (Chapitre 2).

⁶⁴⁴ V. *supra*, n° 49 et s.

⁶⁴⁵ I. DAURIAC, *art. cit.*, n° 12.

Chapitre 1. Les formes probatoires

211. La forme probatoire peut se définir comme celle qui est imposée pour prouver l'existence et le contenu d'un acte juridique⁶⁴⁶. Ce sont les règles de preuve qui témoignent de la vigueur du phénomène formaliste dans le droit des obligations.

La preuve des actes juridiques, en droit civil français, se caractérise par les formes probatoires, c'est-à-dire que l'admissibilité des moyens de preuve est limitée, leur force probante est prédéterminée et hiérarchisée par le droit positif⁶⁴⁷. La loi ne permet effectivement de recourir qu'à l'emploi des moyens de preuve déterminés par elle-même⁶⁴⁸. Le juge tenu par les règles légales ne dispose d'aucun pouvoir pour en apprécier la portée. Si ces moyens sont rapportés conformément aux prescriptions légales, il doit s'incliner. Ce sont les règles régissant la preuve des actes juridiques en droit civil français que l'on appelle « système de la preuve légale ». On met donc en valeur ce système pour ses utilités⁶⁴⁹.

212. A la différence du droit français, le droit vietnamien a adopté le système de la preuve morale selon lequel la loi n'exige aucun moyen de preuve prédéterminé. Tout moyen de preuve peut être utilisé par celui auquel incombe la charge de la preuve⁶⁵⁰. Ce système fait confiance au juge en le laissant libre d'apprécier le crédit, conformément aux dispositions procédurales, que méritent les preuves débattues devant lui par les parties. La liberté de la preuve conforte alors la découverte de la vérité. Elle se situe dans l'article 81 du Code de la procédure civile vietnamien qui définit la preuve d'une façon générale : « ce qui peut contribuer à établir une chose vraie ». Puis, l'article 82 du même Code énumère des moyens

⁶⁴⁶ V. DELAPORTE, Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé, thèse, Université de Paris 1, 1974, n° 11.

⁶⁴⁷ H. ROLAND, L. BOYER, Introduction au droit, éd., Litec, 2003, n° 1667 ; Ch. LARROUMET, Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé, t. 1, 5^e éd., Economica, 2006, n° 557 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Introduction générale, 2^e, éd., Defrénois, 2005, n° 195 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit, 12^e, éd., Montchrestien, 2000, p. 550.

⁶⁴⁸ Fr. TERRE, Introduction générale au droit, 8^e, éd., Dalloz, 2009, n° 609.

⁶⁴⁹ P. LECLERCQ, Le nouveau droit civil et commercial de la preuve et le rôle du juge, *in* Le droit des preuves légales du défi de la modernité, Actes du colloque du 24 mars 2000, p. 99.

⁶⁵⁰ NGUYEN Cong Binh, Manuel de droit de la procédure vietnamienne, édition judiciaire, 2005, p. 155.

de preuve susceptibles d'être apportés dans un procès civil : « 1° Pièces, documents, enregistrements sonores, visuels ou audiovisuels ; 2° Objets en nature ; 3° Témoignages ; 4° Déclarations des plaideurs ; 5° Conclusions d'expertise ; 6° Procès-verbal de visite des lieux ; 7 Coutumes, usages ; 8° Résultats d'évaluation de la valeur des biens ; 9° Tous autres éléments déterminés par la loi ».

En réalité, le système de la preuve morale du droit vietnamien présente des avantages. Le rôle primordial accordé au juge du fond, dans la conduite de l'enquête, offre *a priori* une meilleure garantie pour découvrir la vérité⁶⁵¹. De plus, l'absence de restriction apportée à la preuve permet à chaque partie d'établir son droit sans entrave. D'autre part, les droits individuels les plus fondamentaux ne sont pas protégés par des règles limitant la recevabilité d'une preuve. L'inexistence de dispositions concernant l'admissibilité et la valeur probante des moyens de preuve favorisent les décisions souveraines. C'est la raison pour laquelle le législateur vietnamien a opté pour le système de la preuve morale.

213. Le droit français est assez éloigné de la construction vietnamienne en matière de preuve des actes juridiques. En droit français, la restriction des moyens de preuve et leur force probante sont prédéterminés et hiérarchisés par la loi, alors qu'en droit vietnamien, tous moyens de preuve peuvent être utilisés et leur crédit est subordonné à l'appréciation du juge du fond. L'adhésion à tel ou tel système de preuve selon lequel les moyens de preuve sont prédéterminés par la loi donne naissance aux formes probatoires en droit civil français, tandis que le choix de liberté de la preuve ignore les formes probatoires. En conséquence, dans ce chapitre, on examinera exclusivement les formes probatoires, même si le sujet de la thèse est consacré aux deux systèmes juridiques.

Les formes probatoires, en droit civil français, sont visées par l'article 1341 du Code civil français qui dispose qu'« il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce ». Aux termes de cet article, l'écrit en matière d'acte juridique est placé au-dessus de tous les autres moyens de preuve. Pour prouver un contrat, le demandeur

⁶⁵¹ NGUYEN Cong Binh (sous la direction), Manuel de procédure civile vietnamienne, Edition judiciaire, 2005, p. 156.

doit en apporter la preuve littérale (Section 1), ou bien démontrer qu'il peut bénéficier des exceptions prévues par la loi (Section 2).

Section I. Les règles de principe

214. Les règles de la preuve légale sont énoncées par l'article 1341 du Code civil français. Elles seront alors examinées sous deux aspects : les conditions de la preuve préconstituée que la loi exige pour prouver un acte juridique (§1) et sa mise en œuvre (§2).

§ 1. Les conditions de la preuve préconstituée

215. Tout d'abord, on peut remarquer que l'article 1341 du Code civil français pose une condition à l'exigence de la preuve littérale : l'objet de l'acte juridique excédant la somme fixée par décret doit passer par écrit. Cependant, cet article ne précise pas le mode de calcul de la somme à prendre en compte. Ainsi, il est nécessaire de déterminer la portée (A) et l'objet de la preuve littérale (B).

A. La portée des règles de preuve écrite

216. L'article 1341 du Code civil français prévoit la portée des règles de preuve préconstituée d'un acte juridique. Il indique clairement le domaine d'application de la preuve préconstituée (1). Dans ce cas, les règles s'adressent seulement aux personnes qui participent à la conclusion de l'acte juridique. En d'autres termes, elles ne concernent pas les tiers et sont d'ordre privé (2).

1. Le domaine de la preuve préconstituée

217. Le domaine d'application des règles de l'article 1341 du Code civil se traduit selon deux aspects. En premier lieu, la preuve littérale est imposée pour justifier l'existence d'un acte juridique. Dans ce cas, il est interdit de prouver, par témoins ou présomptions, un acte juridique dont l'existence est déniée par l'adversaire. En second lieu, elle est requise pour prouver le contenu de l'acte juridique, c'est-à-dire qu'il est aussi interdit de rapporter librement les moyens de preuve contre le contenu d'un acte juridique. Force est de constater que si le premier cas ne fait guère doute, le second, en revanche, soulève plus de difficultés.

a) L'exigence de la preuve littérale pour prouver l'existence du contrat

218. Dans la justification de l'existence d'un acte juridique, le plus souvent un contrat, les règles de preuve légale ont une portée très large⁶⁵². Dans ce cas, la jurisprudence française a eu l'occasion de les appliquer à de nombreux contrats et a refusé de distinguer selon que le contrat en cause était exprès ou tacite ou que la preuve du contrat devait être rapportée comme une hypothèse normale, devant la juridiction civile ou exceptionnellement devant une juridiction pénale⁶⁵³.

Les contrats exprès ne soulèvent aucune difficulté. De toute évidence, l'article 1341 du Code civil leur est applicable. Les exemples d'une telle situation abondent en droit français, de sorte qu'il est difficile de citer tous ces contrats. Dans cette perspective, quelques exemples suffisent pour justifier notre observation. Ainsi en est-il, par exemple, de la vente dont la question ne se discute plus depuis longtemps : la preuve par écrit est requise pour établir un contrat de vente, car la prise en possession des biens vendus ne suffit pas pour prouver le contrat, étant donné qu'il peut avoir une autre cause⁶⁵⁴. Il en est de même des contrats de fourniture s'agissant de fourniture d'eau⁶⁵⁵ ou de fourniture d'aliments⁶⁵⁶. Le dernier exemple concerne certains contrats réels en tant que contrat de dépôt et contrats de prêt, et la même solution leur est applicable. La preuve littérale est requise pour prouver leur existence car la remise de la chose peut avoir diverses causes. Cette dernière peut être faite à titre de dépôt ou de prêt comme elle peut être aussi faite à titre de don manuel. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence française a décidé que le prêteur qui demande le remboursement d'une somme d'argent doit en apporter la preuve par écrit⁶⁵⁷.

Comme les contrats exprès, la jurisprudence affirme depuis longtemps que les contrats tacites doivent être prouvés selon les règles des articles 1341 et suivants du Code civil français. De ce point de vue, la solution de la jurisprudence est certaine. Dans un arrêt d'une Cour d'appel en faveur de l'existence d'un contrat d'alimentation en eau au motif de la réunion de diverses présomptions, la Cour avait condamné la société au paiement de diverses

⁶⁵² J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e, éd., LGDJ, 1994, n° 659.

⁶⁵³ M. OUDIN, J.-Cl, *Civil code, Art. 1341- 1348, Fasc. 20*, n° 19.

⁶⁵⁴ Cass. com. 7 juillet 1949, Bull. civ. II, n° 278 ; Cass. 1^e civ. 13 juillet 1966, Bull. Civ. I, n° 429. En effet, la prise en possession d'une chose peut faire l'objet du contrat de donation. Par exemple, on doit distinguer le contrat de vente du contrat de donation.

⁶⁵⁵ Cass. 3^e civ., 28 mars 2006 : Juris-Data n° 2006-032999.

⁶⁵⁶ Cass. 1^e civ., 25 janvier 1989 : Bull. civ. 1989, I, n° 41 ; RTD civ. 1990, p. 79, obs. MESTRE.

⁶⁵⁷ Cass. 1^e civ., 24 mai 2005 : Juris-Data n° 2005-028572.

sommes de montants supérieures à 5 000 francs. Pourtant, cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation puisqu'il n'était pas conforme aux règles de l'article 1341 du Code civil français⁶⁵⁸.

Cette solution s'applique encore au contrat en matière pénale⁶⁵⁹. L'article L. 314-1 du Code pénal français relatif à l'infraction pénale d'abus de confiance, dispose que celui-ci « est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375.000 euros d'amende ». Aux termes de ce texte, la victime pourra prouver librement la violation du contrat, alors que l'existence même de ce dernier sera soumise aux règles de l'article 1341 du Code civil français⁶⁶⁰. En pratique, les contrats de louage, de dépôt, de mandat, de prêt à usage demeurent propices à un abus de confiance. La preuve de l'existence de tels contrats doit être apportée conformément aux règles des articles 1341 et suivants du Code civil français, tandis que la preuve du détournement de la chose d'autrui est libre puisqu'il s'agit d'un fait purement matériel⁶⁶¹.

219. A vrai dire, pour établir l'existence d'un contrat dont la valeur de l'objet est supérieure à 1.500 euros, le plaideur doit apporter la preuve par écrit selon les règles de l'article 1341 du Code civil français. Cependant, l'application de ces règles semble délicate pour le don manuel. L'exigence de l'écrit, posée par l'article 1341 du Code civil français, se heurte tant au formalisme de l'acte, qui se présente comme un contrat réel qu'à la règle connue de l'article 2276 du même Code⁶⁶². De ce point de vue, la jurisprudence française « s'est efforcée de combiner ces deux textes, distinguant selon que la preuve du don manuel incombe au donateur et au donataire »⁶⁶³.

Lorsque le donateur cherche à prouver l'existence du don au détriment du possesseur du bien, afin d'évoquer une cause de révocation, il ne peut invoquer l'article 2276 du Code civil

⁶⁵⁸ Cass. 3^e civ., 28 mars 2006 : Juris-Data n° 2006-032999.

⁶⁵⁹ M. OUDIN, *op. cit.*, n° 24.

⁶⁶⁰ V. Cass. crim. 1^e juin 1987: Bull. crim. n° 224 ; 3 janvier 1985: Bull. crim., n° 3.

⁶⁶¹ Cass. crim., 3 janvier 1985 : Bull. crim. 1985, n° 3. - Cass. crim., 1^e juin 1987 : Bull. crim. 1987, n° 224.

⁶⁶² L'article 2276 du Code civil français dispose : « En fait de meubles, la possession vaut titre. Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient ».

⁶⁶³ M. OUDIN, J.-CL, Civil Code, Art. 1341 à 1348, Fasc. 20, n° 54.

français, puisque c'est son adversaire qui se trouve en possession du bien. Dans cette situation, il doit rapporter la preuve par écrit, conformément aux règles des articles 1341 et suivants du Code civil français, à moins de recourir à l'aveu judiciaire ou au serment décisoire, afin de prouver l'existence d'un don manuel⁶⁶⁴. En revanche, il peut arriver que le bénéficiaire du don manuel « ait besoin d'[en] faire la preuve [...], alors qu'il n'est plus en possession du bien, soit qu'il lui ait été soustrait, soit qu'il l'ait cédé à un tiers par un contrat »⁶⁶⁵. Dans ce cas, il ne peut plus invoquer le bénéfice de l'article 2276 du Code civil, et par voie de conséquence, celui-ci peut être prouvé par tous moyens⁶⁶⁶. D'ailleurs, quand une personne affirme que le bien a été détourné et non donné, la jurisprudence française permet au défendeur d'invoquer la règle de l'article 2276 du Code civil : « en fait de meubles, la possession vaut titre ». Sa possession du bien lui confère une présomption de propriété ; en d'autres termes, il n'a pas à se soumettre aux règles de l'article 1341 du Code civil français⁶⁶⁷.

b. L'exigence de l'écrit pour prouver l'existence du contenu d'un contrat

220. La preuve de l'existence du contrat précédemment envisagée ne suscite aucun problème, alors que la preuve du contenu d'un contrat provoque de grandes difficultés. En effet, la solution de la jurisprudence française est confuse ; autrement dit, les arrêts sont contradictoires, même au niveau de la Cour de cassation.

Ainsi en est-il de la preuve de la justification du prix dans le contrat de vente. En effet, la Cour de cassation française a été divisée⁶⁶⁸. Dans certains arrêts, elle a jugé que le montant du prix devait être prouvé par écrit car cet élément était estimé important pour le contrat⁶⁶⁹. A l'inverse, dans d'autres arrêts, elle a permis au plaideur de prouver par tous les moyens la preuve du prix convenu entre vendeur et acheteur, dans la mesure où l'existence du contrat

⁶⁶⁴ Cass. 1^e civ., 6 novembre 1957 : Bull. civ. I, n° 425. - CA Orléans, 28 mars 1990 : Juris-Data n° 1990-041265.

⁶⁶⁵ M. OUDIN, *op. cit.*, n° 55.

⁶⁶⁶ J.L MOURALIS, Rép. Dalloz. Civ., V, Preuve, n° 1122.

⁶⁶⁷ J. FLOUR et H. SOULEAU, Les Libéralités, *op. cit.*, n° 95.

⁶⁶⁸ Cass. 1^e civ. 27 avril 1977, note Ch. GAURY, D. 1977.413.

⁶⁶⁹ V. pour une vente de matériel, Cass. 1^e civ., 10 novembre 1959 : Bull. civ. 1959, I, n° 504. - Pour une vente de fonds de commerce, Cass. 3^e civ., 6 juin 1969 : Bull. civ. 1969, III, n° 464. - Pour une cession de clientèle civile, Cass. 1^e civ., 15 juill. 1975 : Bull. civ. 1975, I, n° 241 ; JCP G 1976, II, 18414, note T. IVAINER. - Pour une vente de manteau, CA Reims, 27 mai 1980 : Gaz. Pal. 1980, 2, p. 554.

n'était pas contestée par les parties⁶⁷⁰. La solution de la jurisprudence française n'est donc pas cohérente dans la détermination des éléments essentiels du contrat.

En revanche, la situation devient plus simple lorsque la contestation porte sur d'autres éléments contractuels. En effet, la jurisprudence consacre la liberté de la preuve pour établir ces éléments si l'existence du contrat n'est pas discutée. Par exemple, pour déterminer une parcelle de terrain comprise dans un partage ou une vente et désignée de façon ambiguë dans l'acte, pour préciser les lieux loués, indiqués de façon imprécise dans le bail⁶⁷¹, pour connaître l'étendue des pouvoirs conférés au mandataire par un mandat tacite⁶⁷², etc., la preuve d'une telle situation est librement rapportée. La détermination de ces éléments peut alors être considérée comme l'interprétation du contenu, et non pas comme l'élément essentiel du contrat. Autrement dit, l'interprétation du contrat n'est pas soumise aux règles de l'article 1341 du Code civil français.

221. Aux termes de cette étude, il importe de constater que les règles de preuve littérale sont requises pour prouver l'existence et le contenu de l'acte juridique, même s'il existe parfois une incertitude à propos de la justification de son contenu. Cependant, elles contiennent des limites d'application.

2. Les limites de l'application de la preuve préconstituée

222. La règle de la preuve littérale ne concerne que les parties à l'acte juridique. Elle doit être appréciée au regard des personnes auxquelles elle s'adresse et quant à la possibilité qu'elles ont d'y déroger. Dans cette perspective, elle ne concerne pas les tiers, et est d'ordre privé.

a. La règle de la preuve ne s'applique qu'aux parties à l'acte juridique

223. Il est logique que l'exigence d'une preuve préconstituée s'impose seulement aux parties à l'acte et non aux tiers⁶⁷³. Ces derniers, ne faisant pas partie de l'opération juridique considérée, se trouvent dans l'impossibilité de se ménager un écrit⁶⁷⁴. En conséquence, les tiers ne sont pas soumis aux règles de l'article 1341 du Code civil français,

⁶⁷⁰ Cass. soc., 24 mars 1958 : Bull. civ. 1958, IV, n° 456.

⁶⁷¹ Cass. 3^e civ., 22 janvier 1970 : Bull. civ. 1970, III, n° 50. - Cass. 3^e civ., 6 décembre 1977 : Bull. civ. 1977, III, n° 421.

⁶⁷² Cass. civ., 10 juillet 1945 : D. 1946, jurispr. p. 181, note P. MIMIN.

⁶⁷³ A. BENABENT, Droit civil, Les obligations, 12^e, éd., Montchrestien, 2010, n° 119 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, Les obligations, 4^e, éd., Defrénois, 2009, n°568.

⁶⁷⁴ F. FERRAND, Rép. pr. Civ. Dalloz, V. Preuve, n° 178.

de sorte qu'ils ont la possibilité de recourir aux témoignages et aux présomptions pour prouver un acte juridique auquel ils sont étrangers ; cet acte constitue à leur égard un simple fait juridique⁶⁷⁵.

Ainsi en est-il du cas d'un organisme de recouvrement de cotisations de la sécurité sociale. Le tiers, par rapport au contrat de travail conclu entre l'employeur et le salarié, peut prouver par témoins le montant des salaires versés par celui-là⁶⁷⁶. De même, suite à un acte simulé réalisant une interposition de personne, l'acquéreur réel peut établir par tous les moyens contre l'acquéreur fictif qu'il est la véritable partie au contrat de vente dont ce dernier prétend pouvoir l'exclure⁶⁷⁷ ; ou bien c'est l'héritier réservataire auquel on permettra d'établir par tout moyen le caractère déguisé d'une donation de son auteur et portant atteinte à sa réserve⁶⁷⁸. Autour de cette disposition, la question est de savoir quels sont exactement les tiers qui ont le droit de prouver librement le contrat qui les concerne indirectement.

On trouve généralement que la notion de tiers fait partie des notions récurrentes en droit des contrats dont la compréhension ne saurait, par définition, être unique. En la matière, la Cour de cassation considère comme tiers au contrat « ceux qui n'y ont été ni parties, ni représentés, et qui n'ont pas non plus la qualité de créanciers d'une partie ou d'ayants cause universels d'une des parties »⁶⁷⁹. Toutefois, elle admet qu'un héritier, du moins lorsqu'il agit en déclaration de simulation, peut bénéficier de la liberté de la preuve⁶⁸⁰.

224. Néanmoins, lorsqu'une des parties cherche à prouver un contrat à l'encontre d'un tiers, elle doit rapporter la preuve par écrit selon les règles des articles 1341 et suivants du Code civil français⁶⁸¹. Cette solution n'aurait rien de choquant puisqu'elle en a besoin dans ses rapports avec l'autre partie. Mais on peut faire valoir que « le texte de l'article 1341 précité est réservé à la preuve des actes juridiques. Or, lorsqu'une partie cherche à prouver un

⁶⁷⁵ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., Montchrestien, 2000, n° 405 ; Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., Litec, 2008, n° 537.

⁶⁷⁶ Cass. 2^e civ. 16 juillet 1964, Bull. civ. II, n° 565 ; 26 novembre 1965, *ibid.* II, n° 948 ; Cass. soc. 11 octobre 1967, *ibid.* IV, n° 624.

⁶⁷⁷ Com. 30 juin 1980, Bulletin, IV, n° 279, p. 226.

⁶⁷⁸ Civ. 1^e, 7 février 1989, Bulletin, I, n° 71, p. 46 ; Civ. 1^e 24 novembre 1987, Bulletin, I, n° 309, p. 221.

⁶⁷⁹ F. FERRAND, *op. cit.*, n° 179.

⁶⁸⁰ Cass. 1^e civ. 19 avril 1958, Bull. civ. I, n° 188 ; 5 janv. 1983, Bull. civ. I, n° 10.

⁶⁸¹ Cass. 3^e civ. 15 mai 1974, Bull. civ. III, n° 201 ; Comp. Cass. 3^e civ. 28 juin 1978, *ibid.* III, n° 271.

contrat contre un tiers, c'est une situation de fait et non un acte juridique qu'il entend prouver parce que le contrat est opposable aux tiers, il n'a à leur égard aucun effet obligatoire. Il s'agit en principe d'obliger le tiers à respecter le contrat, à en tenir compte comme d'une situation de fait »⁶⁸². Ainsi, la Cour de cassation française a affirmé : « si, en principe, les conventions ne nuisent ni ne profitent à ceux qui n'y ont pas été parties, il ne s'ensuit pas que le juge ne puisse pas considérer que les clauses d'un contrat aient pour effet de créer une situation de fait vis-à-vis des tiers »⁶⁸³. La situation étant de fait pour les tiers, le contrat devrait pouvoir être prouvé contre eux comme un simple fait et non comme un acte juridique. Cette solution s'avère donc très contestable⁶⁸⁴.

225. Dans ces deux cas, c'est le premier qui semble l'emporter. Le plus souvent, le contentieux porte non sur la preuve du contrat, mais sur son opposabilité aux tiers ; en réalité, la jurisprudence est très peu abondante. Et, c'est une chance que la Cour de cassation ait affirmé : « s'il est permis aux tiers de contester par tous modes de preuve la sincérité des énonciations contenues dans les actes écrits qu'on leur oppose [...] il appartient aux parties à un acte d'en rapporter la preuve contre les tiers dans les termes du droit commun »⁶⁸⁵.

b. La possibilité de déroger par convention à l'article 1341 du Code civil

226. On sait que les règles de la preuve préconstituée tiennent à clarifier et à organiser les preuves recevables en cas de contestation⁶⁸⁶. De plus, elles déterminent la façon dont le juge peut forger sa conviction⁶⁸⁷. Ces deux constatations « pourraient conduire à penser qu'elles sont d'ordre public »⁶⁸⁸. Néanmoins, en réalité, la jurisprudence admet une solution contraire à l'esprit de ces règles, et confirme qu'elles ne sont pas d'ordre public⁶⁸⁹.

⁶⁸² M. OUDIN, J.-Cl. Civil Code, Art. 1341-1348, Fasc., 20, n° 67.

⁶⁸³ Cass. com., 19 oct. 1954 : Bull. civ. 1954, III, n° 306 ; D. 1956, p. 78. - Cass. 3^e civ., 21 mars 1972 : Bull. civ. 1972, III, n° 193.

⁶⁸⁴ A. BENABENT, *op. cit.*, n° 119.

⁶⁸⁵ Cass. 3^e civ., 15 mai 1974 : Bull. civ. 1974, III, n° 201.

⁶⁸⁶ V. *infra*. n° 251 et s.

⁶⁸⁷ J.-L. MOURALIS, Rép. Civ. Dalloz, V. Preuve, n° 1092.

⁶⁸⁸ *Ibid.*

⁶⁸⁹ Cass. civ. I, 29 juin 1960 : Bull. civ., n° 355 ; Cass. Com., 24 mars 1965 : Bull. civ., n° 264 ; Cass. Civ. II, 9 février 1966 : Bull. civ., n° 178. D. FERRIER, La preuve et le contrat, *in* Mélanges Michel CABRILLAC, éd., Litec, 1999, p. 105 et s., n° 8.

A cet égard, elle permet aux parties d'échapper aux règles de la preuve préconstituée, posée par l'article 1341 du Code civil, par convention sur la preuve⁶⁹⁰. Ceci a bien été affirmé par la Cour de cassation. Dans un arrêt remarqué de la première Chambre civile, rendu le 8 novembre 1989, la Cour de cassation a admis la validité « d'une clause déterminant le procédé de preuve de l'ordre de paiement et que, pour les droits dont les parties ont la libre disposition, ces conventions relatives à la preuve sont licites »⁶⁹¹. Aucune forme particulière ne semble requise⁶⁹², de sorte que les parties peuvent faire la preuve autrement que par écrit, même si le montant du litige dépasse la somme prévue par ce texte⁶⁹³.

Les conventions sur la preuve peuvent alors être divisés en deux catégories : celles qui atténuent la rigueur du mode de preuve légale et celles qui, au contraire, imposent un mode plus rigoureux que celui proposé par la loi⁶⁹⁴. Dans le premier cas, il est admis que les parties peuvent renoncer à la règle de l'article 1341 et convenir entre elles de recourir à la preuve testimoniale. Cette solution est admise depuis longtemps par la jurisprudence française⁶⁹⁵. Dans le second cas, les parties peuvent aggraver les exigences de l'article 1341 du Code civil français en convenant que la preuve doit être apportée par acte authentique⁶⁹⁶. La licéité d'une telle convention sur la preuve suppose toutefois que les parties aient la libre disposition des droits en cause⁶⁹⁷.

On trouve dans les contrats contemporains de nombreux exemples de conventions relatives aux moyens de preuve. Dans la plupart des cas, « il s'agit d'adapter le système probatoire au développement des techniques employées. Dans les contrats de fourniture de produits comme l'eau, le gaz ou l'électricité, les parties conviennent que la preuve de la

⁶⁹⁰ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 12^e, éd., Montchrestien, 2010, n° 112 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Introduction générale*, éd., Defrénois, 3^e, 2009, n° 199 ; V. DEPADT-SEBAG, *Les conventions sur la preuve*, in *La preuve*, sous la direction de C. PUIGELIER, éd., Economica, 2004, p. 13 et s ; H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, n° 1669.

⁶⁹¹ Cass. 1^e civ., 8 novembre 1989, *Bulletin civ. I*, n° 342.

⁶⁹² R. LE BALLE, *Des conventions sur le procédé de preuve en droit civil*, thèse, Paris, 1923, p. 74.

⁶⁹³ F. CHAMOIX, *La preuve dans les affaires : de l'écrit au microfilm*, éd., Litec, 1979, p. 33.

⁶⁹⁴ V. DEPADT-SEBAG, *Les conventions sur la preuve*, in *La preuve*, sous direction de C. PUIGELIER, Economica, éd., 2004, p. 17 ; R. LEGAIS, *Les règles de la preuve en droit civil, permanence et transformations*, thèse, Poitiers, 1954, p. 140 ; Y. FLOUR, *Les conventions sur la forme*, Defrénois, 15 août 2000, n° 15-16, p. 911.

⁶⁹⁵ Cour de Rennes, 25 février 1841, S., 1841-2-429 ; Req., 6 janvier 1936, DH, 1936, p. 116 ; Req., 24 mars 1942, DC, 1942. p. 64.

⁶⁹⁶ V. DEPADT-SEBAG, *art. cit.*, p. 17.

⁶⁹⁷ Cass. 1^{re} civ. 8 novembre 1989, D. 1990. 369, note CH. GAVALDA.

convention résultera de l'inscription figurant au compteur placé chez l'abonné. Les contrats bancaires, par lesquels un établissement remet à son client une carte de paiement, en même temps que le code confidentiel permettant de l'actionner, prévoient que l'enregistrement informatique par l'ordinateur de la banque vaudra preuve des ordres de paiement, réalisé au moyen de la carte et du code correspondant »⁶⁹⁸.

227. Les conventions sur la preuve sont donc valables mais limitées⁶⁹⁹. Elles doivent respecter les principes généraux du droit civil, bien que ceux-ci ne soient pas expressément repris dans les articles du Code civil français⁷⁰⁰. Elles ne sont pas admises en deux cas⁷⁰¹. En premier lieu, quand elles reviennent à priver le juge de son pouvoir d'appréciation, son rôle ne consistant plus qu'à vérifier l'existence ou à constater l'absence des conditions prévues par les parties⁷⁰². En second lieu, quand elles vont jusqu'à établir une véritable règle de fond sous couvert d'une convention sur la preuve. Dans l'hypothèse où les parties conviennent de la force probante attachée à l'élément de preuve obtenu par le mode qu'elles ont choisi de retenir, il leur est possible de s'interdire toute contestation de la preuve rapportée⁷⁰³. Dans ces deux cas, la jurisprudence n'accepte pas la validité des conventions sur la preuve. Au-delà, certaines matières sont hostiles à de telles conventions sur la preuve. Il en est ainsi du droit de la consommation. Sont susceptibles d'« être abusives des clauses qui renverseraient la charge de la preuve au détriment du consommateur »⁷⁰⁴.

c. La possibilité de renoncer aux règles de l'article 1341 du Code civil

228. Par les conventions sur la preuve, les parties peuvent renoncer aux règles de l'article 1341 du Code civil français en considération son caractère privé. Et, cette renonciation doit être suffisamment claire et non équivoque⁷⁰⁵.

⁶⁹⁸ V. DEPADT-SEBAG, *art. cit.*, p. 18.

⁶⁹⁹ Cass. Civ., 1^e, 8 novembre 1989, note G. VIRASSAMY, JCP éd., G, 1900.II.2157, n° 11 et s.

⁷⁰⁰ M.-H. TONNLIER et F. DUPUIS-TOUBOL, Le commerce électrique vaut bien une réforme du droit de la preuve, JCP E, 1998 p. 2012.

⁷⁰¹ Cass. civ. 1^e, 8 novembre 1989, JCP 1990. 21576, note G. VIRASSAMY.

⁷⁰² D. AMMAR, Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve technologique, RTD civ., 1993, p. 518 ; V. DEPADT-SEBAG, *art. cit.*, p. 22.

⁷⁰³ *Ibid.*

⁷⁰⁴ A. BENABENT, *op. cit.*, n° 112 ; V. DEPADT-SEBAG, *art. cit.*, 26 et s.

⁷⁰⁵ F. FERRAND, *op. cit.*, n° 181 ; J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1096.

La renonciation d'une partie aux règles de l'article 1341 du Code civil permet à l'autre de prouver par tous moyens de preuve. Elle peut être expresse ou tacite⁷⁰⁶. De fait, elle résulte souvent d'une attitude ou d'un comportement⁷⁰⁷. A cet égard, la jurisprudence française admet depuis longtemps que la renonciation d'une partie au bénéfice d'une promesse de vente fasse échec à l'exigence de la preuve littérale⁷⁰⁸. Il est également admis que la renonciation au bénéfice d'une clause d'un contrat puisse se prouver librement, bien que l'article 1341 du Code civil français interdise de prouver outre et contre un écrit par témoins ou présomptions⁷⁰⁹. Si la renonciation aux règles de l'article 1341 est justifiée, le demandeur peut recourir aux témoins ou aux présomptions pour prouver l'existence et le contenu du contrat. Dans cette situation, l'appréciation des moyens de preuve doit être laissée au pouvoir souverain des juges de fond.

229. Dès lors, il convient de conclure que les règles de la preuve préconstituée en droit français concernent seulement les parties à l'acte juridique et non les tiers. Même si elles énoncent que les parties à cet acte juridique doivent le passer par écrit, elles leur permettent d'y échapper au motif de leur caractère privé. Cependant, afin de mieux préciser la portée de ces règles, nous allons examiner l'objet de la preuve littérale de l'article 1341 du Code civil français.

B. L'objet de la preuve préconstituée

230. L'objet de la preuve préconstituée est le seuil légal de l'exigence de la preuve littérale, fixé par décret (A). Cependant, un certain nombre de textes spéciaux tendent à aggraver les règles de preuve littérale en disposant que la preuve de l'acte juridique doit être rapportée par écrit, même si sa valeur est inférieure au chiffre énoncé par la loi (B).

1. L'objet des preuves littérales par l'article 1341 du Code civil

231. L'article 1341 du Code civil français exige l'obligation de passer un acte de toutes choses excédant la somme ou la valeur fixée par décret. Initialement, elle était de 150

⁷⁰⁶ Cass. Soc. 3 août 1949, Bull. civ. III, n° 894; 19 octobre 1954 *ibid.* III, n° 750; Cass. 1^{er} civ. 5 novembre 1952, *ibid.* I, n° 286.

⁷⁰⁷ M. REBOURG, La preuve de l'engagement par volonté unilatérale, RRJ, 2004-4, p. 1405, n°12 et s.,

⁷⁰⁸ Cass. req., 14 mai 1946 : D. 1946, jurispr. p. 374.

⁷⁰⁹ Cass. com., 25 juin 1958 : Bull. civ. 1958, III, n° 280 ; Gaz. Pal. 1958, 2, p. 194.

francs en 1804⁷¹⁰. Cette somme a été portée à 5.000 (ancien) francs en 1948, puis à 50 (nouveau) francs en 1958⁷¹¹. Une loi du 12 juillet 1980 est venue modifier cet article de telle sorte qu'il renvoie désormais à un décret fixant le seuil d'exigence de l'écrit. Le décret n° 80-533 de juillet 1980 en établissait le montant à 5000 francs⁷¹². Finalement, c'est le tout récent décret n° 2004-836 du 20 août 2004 qui a élevé la somme à 1500 euros.

Force est de constater que le chiffre du seuil de l'article 1341 du Code civil français a évolué avec le temps. Cette solution s'explique, bien évidemment, par la dévaluation de la monnaie qui devrait nécessairement entraîner la fixation d'un seuil plus élevé⁷¹³. En effet, avant 1980, alors que la preuve écrite était requise dès qu'on excédait 50 francs, ce seuil étant pratiquement toujours dépassé⁷¹⁴. Dans ce cas, les règles relatives au mode de calcul de cette somme étaient devenues pratiquement sans intérêt⁷¹⁵. Il était donc logique d'augmenter la valeur à 5000 francs en 1980, montant qui atteint 1500 euros aujourd'hui⁷¹⁶. En présence d'une telle disposition du droit positif, il est facile de déterminer le seuil légal de la valeur de l'objet de l'acte juridique.

Cependant, la question est de savoir comment se calcule ce seuil, au-delà duquel l'article 1341 du Code civil français prescrit un écrit pour prouver un acte juridique. En examinant les solutions de la jurisprudence française, on constate qu'elle donne quelques points en la matière, mais elles restent relativement peu abondantes car le législateur a minutieusement réglementé, dans les articles 1342 à 1346 du Code civil, la plupart des cas particuliers. En les combinant tous les deux, le calcul du seuil légal peut être déterminé selon deux règles : les règles principales (a) et les règles supplémentaires (b).

a. Les règles principales

⁷¹⁰ J. VIATTE, La preuve des actes juridiques, Commentaire de la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, Gaz. Pal. 1980.2.581.

⁷¹¹ F. CHAMOIX, *op. cit.*, p. 10.

⁷¹² H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, Fr. CHABAS, Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit, 12^e, éd. Montchrestien, par M. JUGLART, 2000, n° 392.

⁷¹³ J. VIATTE, La preuve des actes juridiques, commentaires de la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, Gaz. Pal., 1980.2.581 ; F. CHAMOIX, La preuve dans les affaires de l'écrit au microfilm, éd., Litec, 1979, p. 12.

⁷¹⁴ J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, Traité de droit civil, Introduction générale, LGDJ, 4^e, éd., 1994, n° 661.

⁷¹⁵ F. CHAMOIX, La preuve dans les affaires de l'écrit au microfilm, éd., Litec, 1979, p. 10.

⁷¹⁶ Décret n° 2004-836 du 20 août 2004.

232. La règle principale est que la valeur de l'acte juridique, au moment de sa conclusion, doit être prise en compte pour apprécier le montant de l'engagement, et donc pour fixer les règles probatoires applicables s'il existe une différence entre le montant de la demande en justice et celui de l'engagement litigieux de l'objet en cause⁷¹⁷.

Ainsi, la preuve par témoins ou présomptions « est inadmissible quand la somme réclamée n'excède pas 1500 euros mais que l'objet de la convention qui est le fondement de cette action a une valeur supérieure à cette limite légale »⁷¹⁸. Le demandeur, qui agit en paiement d'intérêts pour moins de 1500 euros, en s'appuyant sur un contrat de prêt discuté, ayant pour objet une somme supérieure à ce chiffre, devra fournir une preuve écrite⁷¹⁹. Il en est de même, lors d'une réclamation de dommages-intérêts n'excédant pas 1500 euros pour violation d'une obligation contestée ayant un objet dont la valeur excède cette somme.

A l'inverse, il est possible que le demandeur, ayant souscrit un contrat portant sur un engagement d'une valeur de 1200 euros, demande en justice un montant supérieur à 1500 euros pour inexécution ou mauvaise exécution de son obligation par le cocontractant. Dans cette hypothèse, le demandeur bénéficie de la liberté de la preuve, puisque le montant initial de l'engagement ne dépassait pas 1500 euros, même si le montant finalement demandé en justice excède cette somme⁷²⁰.

233. Cependant, il ne faut pas oublier l'article 1342 suivant du Code civil qui dispose que « la règle ci-dessus s'applique au cas où l'action contient, outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent le chiffre prévu à l'article précédent ». Ce texte précise alors que pour calculer la valeur d'un contrat et appliquer les règles de l'article 1341 du Code civil français, il faut additionner la valeur des prestations principales et celle des prestations accessoires qui ont été stipulées. En effet, si le demandeur ne réclamait que le paiement des intérêts ne dépassant pas 1500 euros, il serait quand même tenu de prouver par écrit, dès lors que le cumul des prestations principales et des intérêts conduit à une valeur supérieure à 1500 euros. Dans ce cas, on ne doit ajouter les prestations accessoires à la prestation principale que si elles ont été stipulées dans la convention. En revanche, les intérêts échus postérieurement à l'introduction de la demande en justice ne

⁷¹⁷ AUBRY et RAU, t. 12, § 762, p. 251 ; F. FERRAND, *op. cit.*, n° 193.

⁷¹⁸ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1158.

⁷¹⁹ AUBRY et RAU, *op. et loc cit.*

⁷²⁰ Cass. crim. 2 août 1937, S. 1941.1.161 ; CA Montpellier, 21 avril 1937, DH 1937.414 ; T. civ. Sedan, 10 juillet 1934, S. 1935.2.24 ; T. corr. Laon, 3 novembre 1934, DH 1935.64.

devraient pas être pris en compte pour le calcul du montant de l'engagement, car ils n'étaient pas prévisibles lors de la conclusion de la convention.

On constate ainsi que ce texte vise les intérêts échus au moment de la demande en justice tandis qu'il « méconnaît que, lorsque le contrat a été conclu, par exemple un prêt d'argent, le créancier ne pouvait pas savoir quel serait le montant des intérêts impayés au jour où il demanderait le remboursement du capital »⁷²¹. Ainsi donc, il ne serait pas véritablement convenable dans le calcul du seuil légal.

234. A propos du moment de l'évaluation, il faut se placer au moment de la conclusion de l'acte juridique pour savoir si un écrit est requis à titre de preuve préconstituée⁷²². A ce moment-là, les parties sont tenues d'avoir conscience de prendre un engagement dépassant les 1500 euros. Logiquement, elles peuvent se prouver par tous moyens de preuve, lors de l'établissement de l'acte, que la valeur de l'engagement ne dépassait pas 1500 euros, même si postérieurement, pour quelques raisons que ce soit, cette valeur a augmenté et est venue dépasser ce montant. De ce point de vue, Madame FERRAND écrit : « l'inverse est également valable, qui ne saurait s'appliquer qu'aux actes passés postérieurement à son entrée en vigueur ; si la solution était autre, la sécurité juridique serait sérieusement menacée »⁷²³.

235. Aux termes de cette étude, il est permis de conclure que la condition posée par l'article 1341 du Code civil français à l'admission de la preuve par témoins ou présomptions est que la valeur de l'objet de la convention soit inférieure à la somme fixée par décret. Si la valeur est indéterminée, pour diverses raisons, on peut présumer que les seules preuves recevables sont l'écrit, l'aveu ou le serment⁷²⁴. Quand l'objet de la convention ne porte pas sur une somme d'argent et que les parties prétendent user de la preuve par témoins ou présomptions, elles devront procéder à l'évaluation de son objet, sous contrôle du juge. Mais, en pratique, cette hypothèse est très rare car il est facile de déterminer la valeur de l'objet d'une convention dans la plupart des cas.

b. Les règles supplémentaires

⁷²¹ M. OUDIN, *op. cit.*, n° 44.

⁷²² R. MOUGENOT, *Droit des obligations, la preuve*, éd., Lacier, 2^{er} 1997, n° 42.

⁷²³ F. FERRAND, *op. cit.*, n° 194.

⁷²⁴ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1164.

236. Les règles supplémentaires sont celles qui règlementent des cas particuliers où l'exigence d'une forme écrite est requise pour prouver l'existence et le contenu d'un acte juridique. De ce point de vue, elles sont minutieusement prévues par les articles 1343 à 1346 du Code civil français, et ont pour finalité d'éviter que le demandeur détourne les règles de l'article 1341 du Code civil français⁷²⁵.

Selon l'article 1343 du Code civil français, « celui qui a formé une demande excédant le chiffre prévu à l'article 1341 ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive ». Le texte signifie que le demandeur n'est pas autorisé à échapper aux règles de l'article 1341 du Code civil en réduisant ses prétentions. Effectivement, cette disposition est pratiquement sans utilité puisque la somme prise en compte est celle de l'engagement ou de l'acte initial et non celle de la demande. En conséquence, il serait impossible de réduire unilatéralement la valeur de l'engagement initial.

237. L'article suivant du Code civil français dispose que « la preuve testimoniale, sur la demande d'une somme même inférieure à celle qui est prévue à l'article 1341, ne peut être admise lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit ». Cette règle ne permet en effet pas au « demandeur de fractionner sa créance dans plusieurs instances afin d'espérer bénéficier de la liberté de la preuve si le montant qu'il réclame ne dépasse pas les 1500 euros »⁷²⁶. En matière de droit des contrats, on constate donc qu'elle ne s'applique pas au contrat puisque la valeur d'un contrat au sens de l'article 1341 du Code civil français découle non pas du montant réclamé, mais de la valeur réelle de son objet.

238. En vertu de l'article 1345 du Code civil français, « si, dans une même instance, une partie fait plusieurs demandes, dont il n'y ait point de titre par écrit, et que, jointes ensemble, elles excèdent la somme prévue à l'article 1341, la preuve par témoins n'en peut être admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se soient formées en différents temps, si ce n'était que ces droits procédassent par succession, donation ou autrement, de personnes différentes ». Le texte ajoute : « le principe est que lorsque, dans une instance, une partie forme plusieurs demandes et qu'elle ne peut présenter d'écrit pour aucun des engagements, la preuve libre ne peut être admise pour aucune

⁷²⁵ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e, LGDJ., 1994, n° 661.

⁷²⁶ F. FERRAND, *op. cit.*, n° 196.

des demandes si leur total dépasse 1500 euros »⁷²⁷. En d'autres termes, elle doit dresser un écrit dès le premier engagement si l'on sait qu'elle aura à nouveau l'occasion de traiter ensemble, au point qu'un jour la totalité des créances accumulées dépassera 1500 euros, même si aucune d'entre elles n'excède ce chiffre.

Effectivement, cette règle est extrêmement sévère puisqu'elle impose en pratique au créancier qui traite successivement plusieurs affaires avec le même cocontractant, de se ménager une preuve écrite de chaque opération nouvelle. En effet, elle demande à une partie de synthétiser une preuve écrite des faibles engagements que celle-ci conclut régulièrement avec un cocontractant, au motif qu'elle devra peut-être un jour réclamer en justice l'exécution de plusieurs de ces engagements, dont la cause pourra être diverse, et la conclusion très éloignée, dans le temps, d'autres engagements. Néanmoins, cette règle contient deux tempéraments. D'une part, « les créances prouvées par écrit ou une preuve équivalente ne doivent pas entrer en ligne de compte dans le calcul du montant total de la dette »⁷²⁸. D'autre part, « si les règles de compétence obligent à faire valoir un droit devant un tribunal, et un autre droit, contre la même personne, devant un autre tribunal, il n'y a pas lieu d'attribuer les deux demandes pour savoir si une preuve écrite est requise »⁷²⁹.

239. L'article dernier 1346 du Code civil français dispose que « toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit, seront formées par un même exploit, après lequel les autres demandes dont il n'y aurait point de preuves par écrit ne seront pas reçues ». Effectivement, cette règle « fait un pas de plus dans la sévérité en matière d'application des règles probatoires. Elle se place sur un terrain procédural en interdisant au demandeur possédant plusieurs créances non constatées par écrit contre un même débiteur, d'en demander le paiement dans des instances séparées »⁷³⁰. Elle est destinée à éviter les détournements possibles de l'article 1345 en formant autant de demandes en justice qu'il y aurait de créances distinctes. La sanction de la méconnaissance de l'article 1346 du Code civil consiste en l'irrecevabilité des demandes postérieures. Il semble même que le juge puisse relever d'office cette dernière, même si le demandeur était en mesure de prouver le bien-fondé de celles-ci par un mode de preuve parfait tel que l'aveu ou le serment.

⁷²⁷ F. FERRAND, *op. cit.*, n° 197.

⁷²⁸ M. OUDIN, *op. cit.*, n° 45. V. Cass. civ., 10 décembre 1901 : DP 1902, 1, p. 407 ; S. 1902, 1, p. 404.

⁷²⁹ M. OUDIN, *op. et loc cit.* V. Cass. civ., 10 décembre 1901 : DP 1902, 1, p. 407 ; S. 1902, 1, p. 404.

⁷³⁰ F. FERRAND, *art. cit.*, n° 199.

240. A vrai dire, ces textes limitent l'application des règles de l'article 1341 du Code civil français et en diminuent la valeur, en d'autres termes pour certains cas particuliers, l'exigence d'une forme écrite littérale est imposée à l'acte juridique dont la valeur de son objet est inférieure à 1500 euros. Par conséquent, pour connaître quel est exactement le seuil de la règle de la preuve préconstituée au sens de l'article 1341 du Code civil français, Il est nécessaire d'examiner non seulement ses propres règles, mais encore celles posées par les articles 1342 à 1346 du même Code qui sont fréquemment négligées. Cependant, il faut dire que l'article 1341 n'est pas une seule règle de preuve préconstituée en droit français. Il existe notamment des cas pour lesquels le droit français allonge l'exigence d'une preuve littérale. Dans cette hypothèse, on parle d'exigence d'une forme littérale pour prouver certains contrats, même si leur valeur est inférieure au chiffre auquel se réfère la loi.

2. L'extension de l'objet de la preuve préconstituée par des textes spéciaux

241. Il convient de remarquer qu'un certain nombre de textes spéciaux issus des lois ultérieures disposent que tel ou tel contrat doit être rédigé par écrit. Toutefois, la sanction de l'inobservation de l'écrit n'est pas toujours prévue ; par conséquent, cela pose une question d'interprétation des textes légaux.

Les exemples d'une telle situation abondent en droit français, il suffit d'en citer quelques-uns. Ainsi en est-il, par exemple, de l'article 2044 du Code civil français qui énonce que « la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit ». Il en est de même de l'article L. 112-3 du Code d'assurance qui dispose que « le contrat d'assurance et les informations transmises par l'assureur au souscripteur mentionnées dans le présent code sont rédigés par écrit, en français, en caractère apparents ». De même, à propos du contrat de vente de voyage et de séjours, l'article R. 211-8 du Code de tourisme dispose que « le contrat conclu entre le vendeur et l'acheteur doit être écrit ». Dans tous ces textes, il convient de savoir si l'exigence de l'écrit est une condition de validité de l'acte ou simplement l'unique moyen de sa preuve.

242. Afin d'y répondre, il convient d'examiner, dans chaque cas, le but que le législateur a voulu atteindre en imposant la rédaction d'un écrit. De ce point de vue, Monsieur GHESTIN explique : « il faut rechercher la justification de la forme prescrite et adapter le plus exactement possible son régime juridique à ce but, notamment quant à la sanction la plus adéquate et aux assouplissements qui peuvent lui être opportunément apportés »⁷³¹. En

⁷³¹ J. GHESTIN, *op. cit.* n° 277.

général, l'écrit est alors interprété en faveur d'une règle de preuve. A titre d'exemples, on peut citer les contrats de transaction⁷³², de baux d'habitation soumis à la loi du 6 juillet 1989⁷³³, d'assurance⁷³⁴, etc., dont l'exigence de la rédaction d'un écrit est une condition de preuve. Ce cas s'appuie sur l'argument selon lequel le formalisme est une exception au consensualisme ; par voie de conséquence, il doit être interprété étroitement⁷³⁵. Néanmoins, il arrive parfois que l'écrit soit d'interprétation au sens large du terme, c'est-à-dire qu'il serait d'une forme solennelle⁷³⁶.

En revanche, la réponse est plus facile que dans l'hypothèse susvisée lorsque les textes légaux sont explicites. L'article 1715 du Code civil français énonce ainsi que « si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données ». En effet, la question de la forme solennelle ou probatoire de l'exigence de l'écrit a bien été réglée. Cet article indique clairement que l'écrit est requis pour la preuve du contrat, même si les enjeux « modiques » ne permettent pas aux parties d'échapper aux règles de la preuve littérale⁷³⁷.

243. On constate donc que si la jurisprudence interprète un texte spécial en faveur de la preuve du contrat, on peut douter de l'utilité de cette règle. Plus précisément, lorsque le seuil d'exigence de l'écrit imposée par l'article 1341 du Code civil français a atteint son niveau le plus bas, la preuve littérale est en pratique toujours exigée ; ces dispositions peuvent apparaître comme de simples rappels des articles 1341 et suivants du Code civil français.

Mais si l'écrit instrumentaire fait défaut, le contrat peut-il être prouvé par l'aveu judiciaire, le serment décisoire, voire les témoins ou présomptions, en cas de perte due à la

⁷³² Par exemple, Cass. 1^e civ., 18 mars 1986 : Bull. civ. 1986, I, n° 74. - Cass. 1^e civ., 2 mai 1990 : Juris-Data n° 1990-001304. - Cass. 1^e civ., 10 octobre 1995 : Bull. civ. 1995, I, n° 360. - CA Fort-de-France, 13 avril 1950 : JCP G 1951, II, 5989, note R. RODIERE. - CA Pau, ch. soc., 4 septembre 2006 : Juris-Data n° 2006-324613.

⁷³³ Cass. 3^e civ., 7 février 1990 : Bull. civ. 1990, III, n° 40 ; RTD civ. 1990, p. 679, obs. P. REMY ; Defrénois 1991, p. 550, note J.-L. AUBERT.

⁷³⁴ Cass. 1^e civ., 14 novembre 1995 : Bull. civ. 1995, I, n° 402 ; JCP E 1996, pan. p. 36 ; D. 1996, somm. p. 187. - V. déjà Cass. civ., 22 janvier 1947 : JCP G 1947, II, 3724, 1^e esp., note A. BESSON ; D. 1947, jurispr. p. 233, note P. L.-P. - Cass. soc., 27 février 1947 : JCP G 1947, II, 3724, 2^e esp., note A. BESSON.

⁷³⁵ V. *supra*. n° 94.

⁷³⁶ *Ibid.*

⁷³⁷ R. RODIERE, Traité de droit maritime, n° 63 cité par G. LEGIER, *op. cit.*, n° 179.

force majeure ou en présence d'un commencement de preuve par écrit ? Il est généralement admis que le contrat peut être prouvé par l'aveu ou le serment, ou encore par témoignages ou présomptions s'il existe un commencement de preuve par écrit. Cependant, à chaque fois, le contrat ne peut pas être prouvé par témoins en cas d'absence de l'écrit, même s'il existe un commencement de preuve par écrit. Tel est le cas du contrat d'assurance que l'on ne peut prouver par témoignages⁷³⁸. Cela s'explique alors par « le contrat d'assurance [qui] est un acte juridique complexe aux clauses nombreuses, s'échelonne dans le temps, et est susceptible d'intéresser les tiers »⁷³⁹.

En cas de disparition de l'écrit, causée par un cas fortuit ou une force majeure, « le contrat peut sans doute être prouvé par tout moyen, comme le permet expressément l'article 1348 du Code civil. Cette disposition, qui ne fait qu'exprimer une conséquence naturelle de ces événements, doit s'appliquer en toute hypothèse, même si le texte spécial qui exige un écrit ne prévoit pas ce tempérament »⁷⁴⁰. Bien entendu, une double preuve s'impose alors, car il faut prouver à la fois la rédaction d'un écrit instrumentaire et sa perte en raison de la force majeure ou du cas fortuit.

244. Le texte spécial en droit commercial évoque également la question de la preuve. Certains auteurs considèrent dans ce cas que le caractère civil ou commercial de l'acte juridique est indifférent et que la preuve littérale s'impose aux actes commerciaux, alors que la jurisprudence admet parfois la possibilité de prouver par tous moyens contre le commerçant⁷⁴¹. Cette solution est contestable dans la mesure où l'intervention législative, même analysée à des fins purement probatoires, ne fait pas la distinction entre la nature civile et commerciale de l'acte. Nous pouvons en déduire qu'elle a au moins pour effet de renforcer les exigences de l'article 1341 du Code civil, la prééminence de l'écrit devenant absolue.

245. Dès lors, on peut conclure que la preuve préconstituée s'applique au contrat, plus généralement à l'acte juridique, ayant une valeur supérieure à un seuil fixé par décret. Pour prouver l'existence et le contenu d'un contrat, le demandeur doit rapporter la preuve par écrit selon les règles de l'article 1341 du Code civil français. Néanmoins, pour savoir

⁷³⁸ G. NOGUERO, Charge de la preuve de l'écrit du contrat d'assurance, RID 2009.307.

⁷³⁹ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 185. Voir aussi, M. PICARD et A. BESSON, Les assurances terrestres en droit français, t. 1, Le contrat d'assurance, éd., LGDJ. 1982, n° 56.

⁷⁴⁰ G. LEGIER, *op. cit.*, 177.

⁷⁴¹ Civ, 1^e, 12 avril 1976, RTD. Com, 1978. 103, obs. H. DESBOIS ; M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 180.

comment ces règles de preuve préconstituée sont en œuvre en droit français, nous allons les examiner dans un second temps.

§ 2. La mise en œuvre de la preuve préconstituée

246. Les règles de la preuve préconstituée usent de deux procédés principaux afin d'aboutir à leurs objectifs. En premier lieu, elles exigent que les parties concluent l'acte juridique en forme écrite que l'on appelle souvent « écrit instrumentaire » (I). En second lieu, elles édictent des sanctions juridiques au cas de non observation de cette exigence (II).

A. L'écrit instrumentaire

247. L'article 1341 du Code civil français énonce expressément qu'il « n'est reçu aucune preuve par témoins ou présomptions contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes », même s'il s'agit d'une somme ou valeur moindre. Cet article interdit de prouver par présomptions ou témoins des inexactitudes ou omissions qui auraient eu lieu lors de la rédaction de l'écrit ; la même prohibition s'applique aux modifications prétendument apportées après la rédaction de l'écrit. Ainsi, il importe de préciser quels sont les actes bénéficiant de la protection prévue par l'article 1341 du Code civil français (A), et d'expliquer pourquoi le législateur leur confère la force probante ; autrement dit, nous démontrerons les finalités de l'écrit instrumentaire (B).

1. Les types d'écrit instrumentaire

248. L'acte qui bénéficie de la force probante, posé par l'article 1341 du Code civil français, consiste généralement en l'acte authentique et l'acte sous seing privé. La loi ultérieure y ajoute l'acte d'avocat. Evidemment, chaque acte juridique doit remplir ses conditions légales. A chaque fois, il existe des liens de dépendance entre les deux premiers. La sanction, en cas de non-respect des conditions requises pour l'acte instrumentaire, est que celui-ci ne fait pas preuve de l'engagement, mais peut constituer un commencement de preuve par écrit.

En premier lieu, « l'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises »⁷⁴². Les actes authentiques les plus importants du point de vue de la preuve des contrats sont les actes

⁷⁴² Article 1317 du Code civil français.

notariés puisque la loi confère aux notaires le monopole de constater les conventions conclues entre particuliers⁷⁴³. Quant à leurs formalités, qui varient selon chaque type d'acte authentique, « les trois conditions toujours exigées sont la langue française, la signature manuscrite de l'officier public et l'indication de la date de l'acte »⁷⁴⁴.

L'acte authentique est instrumenté par des officiers publics ; en conséquence il « fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes ». En outre, soulignons que l'acte authentique n'est pas une solennité et que celui qui comporte une irrégularité de forme n'est pas dépourvu de toute force probante. En effet, il a celle d'un acte sous seing privé, s'il est signé par les parties contractantes⁷⁴⁵. Lorsque l'acte a été signé par le notaire, mais non par une des parties, il vaut, dit la Cour de cassation, commencement de preuve par écrit⁷⁴⁶. Dans ces deux cas, il faut constater qu'il y a conversion par réduction.

249. En second lieu, concernant l'acte sous seing privé, il est utile de remarquer qu'il est plus libre dans sa rédaction que l'acte authentique ; rien en dehors de la signature des parties n'est essentiel, ni la date, ni l'état civil, ni même la mention couramment utilisée « lu et approuvé »⁷⁴⁷. Cependant, à chaque fois, la loi française est un peu plus exigeante pour certaines catégories d'actes sous seing privé, en imposant la formalité dite du « double » pour ceux relatant des conventions synallagmatiques et celle de la mention manuscrite de la valeur, en chiffres et en lettres, en cas de promesse unilatérale⁷⁴⁸.

Ainsi, l'article 1325, premier alinéa, du Code civil français dispose : « les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ». Cette règle s'explique par la volonté du législateur qui est « d'assurer à chaque contractant une situation égale aux autres en lui permettant d'obtenir les prestations auxquelles l'écrit lui

⁷⁴³ P.-E. NORMAND, La loi, le contrat et l'acte authentique, JCP N, 1990.I.359.

⁷⁴⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 577.

⁷⁴⁵ L'article 1318 du Code civil français dispose que « l'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties ». Civ. 1^{er}, 11 juillet 1955 : Bull. civ. I, n° 294 ; 8 août 1967 : *ibid.* I, n° 106 ; RTD civ. 1968. 147, note CHEVALIER.

⁷⁴⁶ Cass. soc. 16 juin 1966, JCP 1966.IV.111.

⁷⁴⁷ Civ. 1^e, 27 janvier 1993 : Bull. civ. I, n° 39 ; JCP 1994.II.22195, note PETEL-TEYSSIE ; JCP N 1993.II.256, note LEVENEUR ; Defrénois 1993.730 note AUBERT ; 21 février 2006 : Bull. civ. I, n° 93 ; D. 2007. Pan. 1906, note T VASSEUR ; RTD civ. 2006. 768 note MESTRE et FAGES.

⁷⁴⁸ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 690.

donne droit»⁷⁴⁹. Si cette condition fait défaut, l'acte sous seing privé perd sa force probante⁷⁵⁰. Cependant, elle contient certaines exceptions. Tout d'abord, lorsque l'une des parties a déjà intégralement exécuté ses obligations au moment de la rédaction de l'écrit, il n'est pas nécessaire d'établir l'acte en double, car il n'y a plus qu'une obligation et il suffit que l'écrit permettant de la prouver soit entre les mains du créancier⁷⁵¹. Ensuite, les parties peuvent éviter la rédaction de plusieurs écrits en déposant l'unique exemplaire de cet acte entre les mains d'un tiers ; de cette sorte l'égalité des parties est assurée, car le tiers qui conserve l'acte le produira à la demande de l'une ou l'autre partie⁷⁵².

A propos de l'engagement unilatéral, l'article 1326 du Code civil français dispose que « l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres ». Effectivement, la formalité de la mention écrite ne s'impose que pour les engagements unilatéraux ayant pour objet une somme d'argent ou un bien fongible⁷⁵³. Elle n'est exigée ni pour les contrats synallagmatiques ni pour les actes extinctifs tels qu'une renonciation. Comme l'exigence du double original, celle de la mention écrite constitue une règle de preuve dont la méconnaissance n'entraîne pas la nullité du contrat, l'acte qui en est dépourvu vaut commencement de preuve par écrit⁷⁵⁴.

250. En troisième lieu, ce sont des lettres missives qui sont couvertes par les règles de l'article 1341 du Code civil si elles sont assimilables à une preuve littérale⁷⁵⁵. A cet égard,

⁷⁴⁹ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994, n° 690, p. 668. V. aussi J. MESTRE, obs. RTD civ. 1993, p. 358.

⁷⁵⁰ Civ. 3^e, 26 juin 1973: Bull. civ. III, n° 444 ; 23 janvier 1991: *Ibid.* III, n° 35; 13 février 1991: *ibid.* III, n° 58; Defrénois 1991. 1264, obs. J.-L. AUBERT.

⁷⁵¹ Civ. 1^e, 14 décembre 1983: Bull. Civ., I, n° 298, 13 janvier 1993 : Bull. civ., I, n° 16. V. obs. J. MESTRE, RTD civ. 1994. 610.

⁷⁵² Civ. 3^e, 5 mars 1980: Bull. civ. III, n° 52. La remise à un tiers constituant une exception au principe posé par l'art. 1325, la preuve du consentement à cette remise incombe à celui qui s'en prévaut. Civ. 3^e, 15 avril 1992: Bull. civ. III, n° 131; D. 1992. Somm. 398, obs. KULLMANN.

⁷⁵³ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 292 et s.

⁷⁵⁴ Civ. 1^e, 16 janvier 1985 : Bull. civ. I. n° 24 ; RTD civ. 1986. 758 note J. MESTRE ; Com. 26 juin 1990 : Bull. civ. IV, n° 275-277 ; JCP 1992. II. 21923, note SIMLER ; 20 octobre 1992 : Bull. civ. I, n° 259 ; 10 janvier 1995, JCP N 1995.II.1006 note BILLIAU ; 27 juin 1995 : D. 1996. 133 note MICHABOUDET ; 23 février 1999 : D. 1999. 411, note ANCEL.

⁷⁵⁵ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n°

la Cour de cassation française laisse aux juges de fond le pouvoir souverain d'apprécier si la valeur probatoire qui peut s'attacher à des lettres missives produites par les parties⁷⁵⁶.

Les lettres missives s'assimilent en général aux actes sous seing privé, mais il existerait différentes conséquences entre ces deux actes. Par exemple, l'omission de la formalité du « double », dans un acte sous seing privé, rend recevable tous les moyens de preuve contre et outre les énonciations de celui-ci : la même omission ne permet pas d'écartier l'article 1341 du Code civil quand elle affecte une lettre missive⁷⁵⁷. Pour cette raison, on admet que la formalité du double ne s'y applique pas.

251. En quatrième et dernier lieu, il importe de citer l'acte d'avocat consacré par l'article 3 de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 en modifiant la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971. Tout d'abord, l'article 66-3-1 de la loi le définit de façon suivante : « En contresignant un acte sous seing privé, l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte »⁷⁵⁸. En créant un acte contresigné par avocat, le législateur français « ajoute un terme à l'alternative actuellement offerte au justiciable entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé »⁷⁵⁹. L'objectif poursuivi est celui d'une plus grande sécurité juridique pour les actes conclus entre les parties, grâce à l'intervention plus fréquente des avocats⁷⁶⁰.

Ensuite, l'article 66-3-2, à propos de sa force probante, prévoit que : « l'acte sous seing privé contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties fait pleine foi de l'écriture et de la signature de celles-ci tant à leur égard qu'à celui de leur héritiers ou ayant cause. La procédure de faux prévue par le Code de procédure civile lui est applicable ». D'après cet article, l'acte d'avocat bénéficie d'une force probante spécifique, intermédiaire entre celle de l'acte authentique et celle de l'acte sous seing privé non reconnu simple⁷⁶¹. « L'acte contresigné fait pleine foi, entre les parties, leurs héritiers ou leurs ayant

⁷⁵⁶ Cass. req., 30 juin 1930 : S. 1930, 1, p. 373.

⁷⁵⁷ Cass. civ. 6 février 1928, D. 1928.1.149 note GABOLDE ; S. 1928.1.265, note G. GENY ; Cass. 1^{er} civ., 7 juillet 1958, Bull. civ. I, n° 361.

⁷⁵⁸ Article 66-3-1 de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011.

⁷⁵⁹ P. MICHAUD, Acte d'avocat : l'acte de la liberté contractuelle sera-t-il une révolution ? Gaz. Pal., 29 mars 2011, n° 88, p. 11. V. aussi O. DUFOUR, L'acte contresigné par un avocat est né ! LPA, 30 mars 2011, n° 63, p. 3.

⁷⁶⁰ J. VAROCLIER, L'acte d'avocat : *much ado about nothing* ? Gaz. Pal., 28 juin 2011, n° 179, p. 14 ; O. DUFOUR, L'acte contresigné par un avocat est né, LPA, 30 mars 2011, n° 63, p. 3.

⁷⁶¹ L'article 1322 du Code civil français admet une force égale à l'acte authentique, au sous seing privé « reconnu », c'est-à-dire non contesté par la partie à laquelle il est opposé. Cet article dispose en effet :

cause, de leur signature et de leur écriture, si bien que les parties et leurs ayant cause ne pourront désavouer leur signature ou écriture à l'aide de la procédure de vérification d'écriture ». ⁷⁶² Néanmoins, ces personnes pourront contester le contenu de l'acte en recourant à la procédure de faux, distincte de la procédure d'inscription de faux valable entre les actes authentiques.

Enfin, l'article 66-3-3 de la même loi complète le dispositif : « l'acte sous seing privé contresigné par avocat est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ». Cette exigence est réglementée dans l'article 1326 du Code civil, qui impose, pour tout « acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible », la nécessité d'une mention, de la main du débiteur, « de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres ». En revanche, l'article susvisé dispense les parties des mentions manuscrites du fait de l'intervention de l'acte d'avocat puisque son contresignement a une même fonction que la mention manuscrite prévue par l'article 1326 du Code civil français ⁷⁶³.

A vrai dire, le droit français renforce la force probante de l'acte contresigné par avocat en raison de l'intervention du professionnel juridique. Cette caractéristique se distingue du droit vietnamien. En effet, il n'existe pas l'acte d'avocat en droit vietnamien en tant que catégorie juridique distincte puisqu'il n'a pas d'effet juridique particulier.

2. Les finalités de l'écrit instrumentaire

252. Pour commencer, il est opportun de rappeler que l'écrit instrumentaire de l'article 1341 du Code civil français est placé au-dessus de tous les autres moyens de preuve, en particulier du témoignage, qui fait appel à la mémoire, parfois défaillante, de participants à l'acte ou de personnes présentes lors de sa conclusion ⁷⁶⁴. Cela peut s'expliquer par les finalités de l'écrit consistant en deux fonctions principales : d'une part, c'est un mode préconstitué de la preuve ; d'autre part, il constitue un instrument visant à protéger la volonté

« l'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique ».

⁷⁶² B. CORINNE, Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, RLDC, 2011, n° 82, p. 69.

⁷⁶³ L. LEVENEUR, La loi du 28 mars 2011 et les mentions manuscrites, Contrats, conc. consom., mai 2011, n° 5.

⁷⁶⁴ F. CHAMOUX, *op. cit.*, p. 7 ; F. GONTHIER, Réflexion sur la notion d'écrit, JCP N et I, 1999.

efficace. Ces fonctions conduisent donc le législateur à conférer la force probante à l'écrit instrumentaire⁷⁶⁵.

253. Ensuite, l'écrit est un support quelconque pour établir et conserver l'engagement des parties⁷⁶⁶. C'est en effet un moyen pour elles de fixer la teneur de leur accord, au moment où il est exprimé afin d'en conserver la preuve et d'en justifier en cas de mésentente ultérieure⁷⁶⁷. Peu importe le support utilisé à cette fin. En effet, la fonction de la preuve préconstituée est primordiale puisqu'elle permet théoriquement d'éviter toute interrogation sur l'existence et le contenu de l'accord, les parties ayant elles-mêmes pris soin, avant à tout conflit, de garder une trace de leur engagement⁷⁶⁸. Toutefois, l'exigence du double original ou de la mention manuscrite permettant à chaque contractant d'avoir le même écrit, accroît cette sécurité⁷⁶⁹.

Ainsi, quand un litige survient, l'écrit facilite la tâche du juge en évitant l'imprécision des témoignages. De cette façon, l'objectif de recherche de la vérité d'une allégation et la volonté du juge de statuer en son intime conviction, marquant l'évolution du droit de la preuve vers sa libéralisation croissante, ne doivent pas occulter la recherche de sécurité et de limitation des litiges.

254. Enfin, l'écrit constitue un instrument visant à protéger le consentement des parties. D'une part, l'écrit est un acte authentique, c'est-à-dire celui qui est reçu par un officier public qui retranscrit les termes de l'accord et atteste la présence des parties, leur signature, etc. La présence de ce tiers et sa qualité sont autant de gages de l'existence et du contenu de l'accord, ainsi que de l'identité et de la volonté des parties. D'autre part, l'écrit est l'acte sous seing privé, c'est-à-dire celui qui est établi par les parties elles-mêmes. Effectivement, il permet d'éviter de conclure le contrat à la légère ou d'être frauduleusement capté. Au total, la rédaction d'un écrit incite toujours à la réflexion et oblige à préciser exactement le sens de la volonté, peu importe le titre auquel elle est imposée.

⁷⁶⁵ D. FERRIER, La preuve et le contrat, in Mélanges M. CABRILLAC, éd., Litec, 1999, n° 9.

⁷⁶⁶ Ph. THERY, Les finalités du droit de la preuve en droit privé, in Droit, n° 23, La preuve, éd., PUF, 1996, p. 43.

⁷⁶⁷ Ph. THERY, Les finalités du droit de la preuve en droit privé, in Droits, 23, La preuve, éd., PUF, 1996, p. 41 et s. ; R. LEGAIS, Les règles de preuve en droit civil, permanences et transformations, thèse, Université de Poitiers, 1954, p. 36.

⁷⁶⁸ J. CHEVALIER, La charge de la preuve, Cours de droit civil approfondi, éd., Cours de droit, 1958-1959, p. 10.

⁷⁶⁹ *Ibid.*

255. Au regard de la comparaison avec la forme solennelle, nous observons que les finalités de la preuve préconstituée se rapprochent de celles de la forme solennelle⁷⁷⁰. En effet, la forme solennelle, preuve écrite préconstituée « participe directement à l'extériorisation de l'acte juridique »⁷⁷¹. Elle constitue aussi un moyen de protéger le consentement des parties et de conserver la trace de leur accord, comme on vient de le voir. Ces convergences fonctionnelles entre les deux formes légales s'expliquent par l'identité des procédés que chacune utilise : l'écrit et la signature. L'acte sous seing privé ainsi que l'acte authentique sont des titres littéraux⁷⁷². S'ils sont généralement envisagés comme modes de preuve préconstituée, ils sont encore requis pour la validité des actes solennels. L'acte instrumentaire est toujours indiqué ; peu importe qu'il soit dressé pour la preuve ou pour la validité formelle⁷⁷³.

B. L'interdiction de prouver par témoins et présomptions contre et outre l'acte

256. Afin de respecter les règles de la preuve préconstituée précédemment envisagées, le législateur français édicte des mesures de protection. Selon l'article 1341 du Code civil français, « il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes ». Ce texte énonce une double sanction. Il interdit d'abord de prouver par témoignages ou présomptions les incertitudes de l'écrit concernant la teneur de l'acte juridique (A). Ensuite, il interdit de compléter par les mêmes moyens de preuve une clause omise lors de la rédaction de l'acte juridique (B).

1. La preuve contre le contenu de l'acte juridique

257. L'article 1341 du Code civil français ne permet pas la preuve par témoignages ou présomptions, il contredit les énonciations d'un écrit⁷⁷⁴. Cette règle vaut également lorsque le demandeur invoque les inexactitudes de l'écrit lui-même, lorsqu'il prétend que celui-ci a été modifié verbalement par ses défenseurs. De plus, l'interdiction de l'article 1341 du Code

⁷⁷⁰ V. FORRY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, éd. LGDJ, 2007, n° 197 et s.

⁷⁷¹ *Ibid.*

⁷⁷² I. DAURIAC, *Forme, preuve et protection du consentement*, in *Ruptures mouvements et continuité du droit*, Autour de Michelle ROBERT, éd. Economica, 2004, p. 405.

⁷⁷³ I. DAURIAC, *art. cit.*, n° 7, p. 407.

⁷⁷⁴ H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, n° 1702.

civil est expressément étendue à « ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes ». Le demandeur ne peut prouver une allégation contredisant les énonciations d'un écrit que par écrit, aveu ou serment⁷⁷⁵.

Néanmoins, l'interdiction de l'article 1341 du Code civil français n'est jamais absolue. Dans certains cas, les preuves peuvent être rapportées par témoignages ou présomptions contre les énonciations de l'écrit. Ce sont les hypothèses où les preuves qui visent soit à éclairer, soit à établir la volonté réelle des parties qui doivent être rapportées au moyen de simples témoignages ou de présomptions (a). Mais elles visent aussi à contredire un écrit établissant clairement la volonté des parties, ne pouvant être prouvée que par écrit (b).

a. Les allégations soumises à l'exigence de la preuve littérale

258. En général, les allégations soumises aux règles de preuve préconstituée contre les inexactitudes d'un écrit découlent de trois hypothèses. Certaines tendent à établir que l'acte attaqué est simplement erroné, autrement dit que sa rédaction ne traduisait pas la volonté réelle des parties, sans que cette discordance ait été voulue. D'autres visent à démontrer que les parties ont volontairement établi un écrit ne traduisant pas leur volonté réelle, c'est-à-dire qu'il y a eu simulation. Parfois, il est prétendu que les parties, depuis l'établissement de l'écrit, ont exprimé une volonté distincte de ce qui y était exprimé.

259. Lorsque l'écrit contient les inexactitudes provenant d'une erreur involontaire, le demandeur ne peut pas apporter la preuve par témoins ou présomptions contre le contenu inséré dans cet écrit. « Il appartient aux auteurs de l'écrit, ayant d'y apposer leur signature, d'en vérifier les énonciations. S'ils ne le font pas, cette négligence est sanctionnée par l'irrecevabilité de la preuve contraire par témoins, à moins que l'écrit ne comporte une erreur manifeste »⁷⁷⁶. C'est ainsi que « deux époux, anciens dirigeants d'une société, ne peuvent pas être admis à prouver par témoignages qu'ils ont souscrit une reconnaissance de dette au nom de cette société, lorsque l'écrit fait état d'un prêt qui leur a été consenti à titre personnel »⁷⁷⁷. De même, « un acheteur ne peut pas prétendre, en se fondant sur des témoignages, que certains biens exclus de la vente par l'acte écrit étaient en réalité compris dans l'opération, ni les ayants cause du vendeur prétendre l'inverse »⁷⁷⁸. Dans ces cas, la contestation porte

⁷⁷⁵ Cass. 1^e civ. 22 mars 1977, Bull. civ. I, n° 140.

⁷⁷⁶ M. OUDIN, Art. 1341- 1348, Fasc. 30, n° 17.

⁷⁷⁷ M. OUDIN, *op. et loc cit.*, Cass. com., 20 oct. 1969 : Bull. civ. 1969, IV, n° 300.

⁷⁷⁸ M. OUDIN, *op et loc. cit.*

souvent sur le montant de l'objet du contrat aux termes de l'écrit ; la preuve contraire ne pourrait être rapportée que par écrit.

Mais la preuve peut être rapportée par témoins ou présomptions contre les inexactitudes de l'écrit s'il contient des erreurs matérielles manifestes. Ainsi, lorsque les énonciations de l'écrit ne correspondent pas à la réalité, le demandeur peut prouver par témoignages ou présomptions contre celles-ci. Peu importe, à cet égard, que l'acte soit authentique ou sous seing privé. Tel est le cas d'un acte qui, constatant une cession de créance, indique le cédant comme ayant payé le prix, et le cessionnaire comme l'ayant reçu⁷⁷⁹. Tel est également le cas lorsqu'une vente immobilière ne coïncide pas avec le compromis qui l'a précédée, ce dernier ne portant que sur un local commercial, tandis que l'acte de vente porte, pour le même prix, sur un local d'habitation qu'il n'avait pas été question de vendre⁷⁸⁰. Dans cette situation, la jurisprudence permet aux parties de se prouver par tous moyens.

Dès lors, il importe de constater que la jurisprudence française prend en compte le caractère des erreurs pour permettre la preuve par témoignages ou présomptions ou non. Si l'erreur est volontaire, la preuve est soumise aux règles de l'article 1341 du Code civil français. Au contraire, si l'erreur est matérielle, elle peut être rapportée par tous moyens de preuve. En réalité, la détermination de cet élément n'est pas facile à faire et est parfois incertaine, notamment en ce qui concerne le prix du contrat⁷⁸¹.

260. Dans le cas de la simulation, il existe une discordance volontaire entre l'écrit et la volonté des parties. Celles-ci concluent un contrat qui semble exprimer leurs intentions mais conviennent, par une contre-lettre, de stipulations différentes⁷⁸². De toute évidence, l'article 1341 du Code civil français n'est pas opposable aux tiers qui, en matière de simulation, peuvent prendre tous moyens pour établir sa réalité. En revanche, la question peut se poser lorsque ce sont les parties elles-mêmes ou l'une d'elles qui entendent établir la simulation.

Lorsque la simulation n'est pas frauduleuse, le Code civil français la considère comme une contre-lettre, correspondant à la volonté réelle des parties, ayant un effet obligatoire dans leurs rapports. Elle se présente à leur égard comme un acte ordinaire, qui doit par conséquent

⁷⁷⁹ Cass. civ., 23 avril 1860 : DP 1860, 1, p. 228.

⁷⁸⁰ CA Versailles, 3^e ch., 13 oct. 1995 : JurisData n° 1995-052356.

⁷⁸¹ F. FERRAND, *op. cit.*, n° 214.

⁷⁸² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e, éd., PUF, 2007, V. « simulation ».

être prouvé conformément aux règles des articles 1341 et suivants du Code civil français. Le demandeur ne peut donc pas prouver contre l'acte ostensible écrit au moyen de témoignages ou de présomptions. Ceci résulte d'une longue série d'arrêts de la Cour de cassation française⁷⁸³. Cependant, la preuve de la simulation peut être rapportée par témoignages et présomptions dans certains cas, même si la simulation n'est pas frauduleuse. Tels sont les cas dans lesquels il existe un commencement de preuve par écrit ou une impossibilité de se procurer un écrit.

Toutefois, lorsque la simulation est frauduleuse, la preuve peut être rapportée librement⁷⁸⁴. Cette solution vaut également pour l'acte authentique, du moment que le notaire n'a pas pu vérifier personnellement la nature de l'acte ou la véracité de la clause contestée. Les exemples d'une telle situation abondent en droit français. Ainsi en est-il des cas du prêt d'argent dont le montant du capital a été fictivement majoré pour tourner la législation sur l'usure⁷⁸⁵, la constitution de dot fictive⁷⁸⁶, le prêt à usage dissimulant un bail commercial pour éviter l'application de la législation sur la propriété commerciale⁷⁸⁷, etc.,

261. L'acte juridique découle de la volonté des parties, et non l'inverse. Ainsi, « l'établissement d'un écrit ne leur interdit pas de changer d'avis et de revenir sur les dispositions qu'il contient »⁷⁸⁸. Mais si les parties contractantes rédigent un nouvel écrit contredisant expressément le premier, un problème de preuve se pose. De ce point de vue, l'article 1341 du Code civil français ne permet pas d'utiliser tous moyens de preuve pour démontrer « ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes ». Cette solution s'applique encore à l'acte rédigé par écrit dont la valeur de son objet est inférieure aux taux légaux, puisque « les modifications verbales alléguées par l'un des plaideurs portent atteinte à

⁷⁸³ V. p. ex., Cass. 1^e civ., 9 mai 1955 : Bull. civ. 1955, I, n° 188 ; D. 1955, jurispr. p. 467. - Cass. 1^e civ., 24 octobre 1977 : Bull. civ. 1977, I, n° 379. - Cass. 3^e civ., 23 mars 1982 : JurisData n° 1982-700809. - Cass. 1^e civ., 18 janvier 1989 : Bull. civ. 1989, I, n° 28.

⁷⁸⁴ Cass. soc., 10 mars 1939 : Gaz. Pal. 1939, 1, p. 848, deux arrêts en ss-note. - Cass. 1^e civ., 13 novembre 1968 : Bull. civ. 1968, I, n° 275. - Cass. 3^e civ., 19 avril 2000, n° 98-18.453.

⁷⁸⁵ Cass. civ., 5 août 1902 : S. 1903, 1, p. 319.

⁷⁸⁶ Cass. req., 2 mars 1904 : DP 1904, 1, p. 615.

⁷⁸⁷ Cass. 1^e civ., 9 janvier 1961 : Bull. civ. 1961, I, n° 18.

⁷⁸⁸ M. OUDIN, *op. cit.*, n° 21.

la force d'un écrit préexistant »⁷⁸⁹. De fait, l'application de cette règle ne manque pas en droit français⁷⁹⁰.

Ainsi en est-il d'une clause écrite du bail qui stipule que le preneur ne peut faire aucune construction sans le consentement exprès et par écrit du bailleur. Dans ce cas, la Cour de cassation refuse que le preneur prouve par tous moyens qu'il est autorisé oralement à entreprendre certains travaux⁷⁹¹. Et, il faut encore admettre que, si un contrat est constaté par écrit, la révocation ou la novation qui l'affecte ne peuvent se prouver que par écrit⁷⁹². De même, l'on doit administrer la preuve d'un abus de blanc-seing conformément à l'article 1341 du Code civil français⁷⁹³.

En définitive, nous pouvons conclure que les règles de l'article 1341 du Code civil français interdisent la preuve par témoignages ou présomptions contre le contenu des actes, bien qu'elles permettent en certaines situations exceptionnelles d'y échapper.

b. Les allégations non soumises à l'exigence de la preuve littérale

262. Au-delà des exceptions précédemment évoquées, d'autres situations échappent aux règles de l'article 1341 du Code civil français. Tantôt, la preuve que le demandeur cherche à apporter ne menace pas le contenu de l'acte tel que les parties l'ont consigné par écrit, mais l'acte lui-même, dont on prétend qu'il est nul. Tantôt, il s'agit non pas de remettre en cause les énonciations de l'acte, mais de les interpréter.

Ainsi, lorsqu'un demandeur invoque la nullité d'un acte, il n'attaque pas les énonciations de l'écrit qui le constate, il se fonde plutôt sur des faits extérieurs à ce dernier. Il est donc évident qu'il peut les prouver librement. De ce point de vue, il a été décidé qu'une « personne trop faible puisse être physiquement assistée au moment d'apposer sa signature. Mais une telle tolérance ne se justifie que si, dans le même temps, le juge se reconnaît le pouvoir de vérifier que cette signature correspond bien à la volonté de son auteur. Si le tiers qui a guidé sa main a abusé de la situation, ce fait doit pouvoir être établi par tous

⁷⁸⁹ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1200. Voir aussi F. FERRAND, *op. cit.*, n° 208.

⁷⁹⁰ Cass. 1^e civ., 27 novembre 1967 : Bull. civ. 1967, I, n° 347; Cass. 3^e civ., 8 janvier 1970 : Bull. civ. 1970, III, n° 26; Cass. 1^e civ., 24 juin 1981 : Bull. civ. 1981, I, n° 233.

⁷⁹¹ Cass. 1^e civ. 27 novembre 1967, Bull. civ. I, n° 347.

⁷⁹² Cass. 3^e civ. 13 juin 1967, Bull. civ. III, n° 479.

⁷⁹³ Cass. 1^e civ. 9 novembre 1977, Bull. civ. I, n° 409.

moyens »⁷⁹⁴. De même, lorsqu'un acte est attaqué en nullité pour vice du consentement, la preuve ne se fait pas, non plus, contre et outre son contenu, qui n'est pas mis en cause. Elle porte sur un fait extérieur : la violence, l'erreur ou le dol. Il est donc logique que la preuve soit libre⁷⁹⁵.

La même solution est appliquée à la nullité tenant à la cause⁷⁹⁶. Quant à l'illicéité de la cause ou fausseté, elle peut être établie par tous moyens, car elle relève de la fraude au sens de l'article 1353 du Code civil français. En vertu de cet article, « les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol ». Bien que ce texte ne vise que les présomptions judiciaires, il est incontestable qu'il soit étendu à la preuve par témoignages, car ces deux moyens de preuve sont toujours liés.

263. Alors que la volonté des parties ne résulte pas clairement des énonciations de l'acte, elle doit être interprétée pour en préciser le sens. En effet, on sait que l'article 1341 du Code civil français restreint la recevabilité des moyens de preuve lorsqu'un demandeur veut modifier ou compléter l'expression de la volonté des parties. Au contraire, il n'interdit pas le recours à des témoignages ou à des présomptions pour interpréter des clauses obscures ou ambiguës⁷⁹⁷. A cet égard, la jurisprudence française précise que « s'il n'est reçu aucune preuve par témoins ou par présomptions contre et outre le contenu aux actes, cette preuve peut cependant être utilisée pour interpréter un acte, s'il est obscur ou ambigu »⁷⁹⁸. Cette solution s'applique au contrat de bail manquant de précision sur la désignation des lieux loués⁷⁹⁹, au contrat de vente d'une propriété agricole qui ne contient aucune mention relative au droit de

⁷⁹⁴ M. OUDIN, Art. 1341 à 1348, Fasc. 30, n° 28. Voir aussi Cass. 1^e civ., 19 juin 1951 : Bull. civ. 1951, I, n° 190.

⁷⁹⁵ Voir par exemple, Cass. req. 25 novembre, 1895, DP 1986.1.230 ; 9 mai 1905, DP 1908.1.476 ; Cass. civ. 23 octobre 1940, Gaz. Pal. 1940.2.222 ; 4 janvier 1949, D. 1949. 135.

⁷⁹⁶ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1210.

⁷⁹⁷ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, n° 1528 ; AUBRY et RAU, *op. cit.*, p. 264.

⁷⁹⁸ Cass. 1^e civ., 19 octobre 1964 : Bull. civ. 1964, I, n° 451. - Cass. 1^e civ., 3 mars 1969 : Bull. civ. 1969, I, n° 94. - Cass. 3^e civ., 10 avril 1973 : Bull. civ. 1973, III, n° 270. - Cass. 1^e civ., 2 février 1982 : inédit. - Cass. 1^e civ., 11 avril 1995, n° 93-13.551, inédit.

⁷⁹⁹ CA Paris, 4 mars 1887, DP 1888.2.65.

replanter des vignes⁸⁰⁰, au contrat de louage d'ouvrage, lorsque l'objet du contrat est mal défini dans l'acte⁸⁰¹. Parfois, l'ambiguïté peut résulter d'une contradiction entre deux clauses⁸⁰² ou de la nécessité de combiner deux actes successifs, par exemple, lorsqu'il s'agit de savoir si une parcelle immobilière est comprise dans le premier acte ou dans le second⁸⁰³.

Quant à cette hypothèse, il convient de constater, de fait, que la jurisprudence française laisse toute liberté aux juges de fond dans l'appréciation des moyens de preuve qui leur sont présentés par les parties⁸⁰⁴. En général, ils se réfèrent aux termes de l'acte afin de préciser la volonté des parties. Si cela suffit, ils écartent les autres moyens de preuve qui tendraient dès lors à prouver "contre" l'acte ainsi interprété. Mais, si cela ne suffit pas pour tirer clairement leur volonté, ils peuvent procéder à l'interprétation de l'acte en faisant appel à tous les moyens de preuve, notamment aux témoignages et aux présomptions. Effectivement, l'interprétation de l'acte échappe à la règle de l'article 1341 du Code civil français.

2. La preuve outre le contenu aux actes

264. Selon l'article 1341 du Code civil français, il est impossible de prouver par témoins et présomptions « sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes ». Cette disposition indique clairement qu'elle interdit aux parties de rapporter la preuve par témoins ou présomptions tenant à compléter le contenu de l'écrit lorsqu'une clause a été omise lors de la rédaction de l'écrit. Dans un tel cas, elles sont libres de rédiger un nouvel écrit, mais si elles ne le font pas, chacune est protégée par l'acte existant contre les prétentions de l'autre.

Pour mieux comprendre ce point, il est nécessaire de l'illustrer par des exemples précis. Tel est le cas du contrat de vente dont le montant du prix n'est pas mentionné. Ainsi, la Cour de cassation française n'admet pas la preuve par témoins ou présomptions afin de prouver cette absence⁸⁰⁵. De même, une partie ne peut pas « prouver librement qu'une société est titulaire d'un bail en démontrant que le contrat a été signé par le gérant ès qualités alors que le

⁸⁰⁰ Cass. 3^e civ., 10 avril 1973 : Bull. civ. 1973, III, n° 270.

⁸⁰¹ Cass. 1^e civ., 19 octobre 1964 : Bull. civ. 1964, I, n° 451.

⁸⁰² Voir dans le cas d'actes de vente successifs dans lesquels la désignation d'une construction commencée sur un terrain contredit la superficie indiquée pour celui-ci, Cass. 3^e civ., 9 mai 1973 : Bull. civ. 1973, III, n° 334.

⁸⁰³ Cass. req., 9 mars 1909 : S. 1910, 1, p. 28.

⁸⁰⁴ Cass. 1^e civ., 21 avril 1976 : Bull. civ. 1976, I, n° 135.

⁸⁰⁵ Cass. 1^e civ. 30 novembre 1959, Bull. civ. I, n° 504.

bail écrit, régulièrement produit, ne fait aucune mention de la qualité du preneur, ni de l'existence de la société »⁸⁰⁶. De même encore, si « un écrit rédigé par un architecte et son client ne mentionne pas un mode de calcul particulier des honoraires de l'homme de l'art, le demandeur ne peut pas prouver l'accord des parties sur ce point par des présomptions, telles que l'absence de prestation du maître de l'ouvrage lors de la réception du décompte établi par l'architecte et le versement d'acompte »⁸⁰⁷.

En revanche, en cas d'omission d'une clause qui ne fait pas de relation avec le contrat et ne constitue pas de véritables stipulations entre les parties, la jurisprudence leur permet de la prouver par témoignages ou présomptions. Ainsi en est-il, par exemple, de l'écrit sous seing privé qui ne mentionne pas la date à laquelle il a été dressé. Dans cette situation, la jurisprudence française confirme que l'article 1341 du Code civil ne lui est pas applicable. Les témoignages et les présomptions sont donc recevables pour établir cette date⁸⁰⁸.

265. Selon ce qui précède, on constate que les règles de la preuve littérale de l'article 1341 du Code civil français ont une conséquence importante sur l'établissement de l'acte juridique. Si un contrat civil remplit toutes les conditions de validité, et sa rédaction de l'écrit instrumentaire fait défaut, il interdit au demandeur de prouver l'existence et le contenu de l'acte juridique. En dépit de cela, les règles ne sont jamais absolues en droit français car il existe plusieurs exceptions qui y échappent.

⁸⁰⁶ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1197. Voir aussi F. FERRAND, *op. cit.*, n° 206, Cass. com. 4 novembre 1963, Bull. Civ. III, n° 454.

⁸⁰⁷ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1197, Cass. 3^e civ. 23 janvier 1969, Bull. civ. III, n° 66.

⁸⁰⁸ Cass. req. 6 février 1872, DP 1872.1.253 ; 11 décembre 1901, DP 1903.1.114.

Section II. Les règles d'exception

266. Nous venons d'examiner les règles de principe dans la section précédente qui instaurent l'obligation de la rédaction de l'écrit en matière de preuve des actes juridiques. Dans la section présente, il importera d'examiner des exceptions aux règles de la preuve littérale puisque chacune d'elles a pour conséquence de rendre la preuve libre. Dans ce cas, le droit français laisse aux juges de fond le pouvoir souverain d'apprécier le crédit des moyens de preuve que les parties rapportent pour prouver l'existence et le contenu d'un acte juridique⁸⁰⁹.

Les exceptions aux règles de la preuve préconstituée sont au nombre de trois. La première découle de l'article 1341 du Code civil lui-même, celui-ci ne s'applique pas aux actes juridiques en matière commerciale (§1). La deuxième visée par l'article 1347 du même code est celle où il existe un commencement de preuve par écrit (§2). La troisième indique le cas où le demandeur se trouve dans l'impossibilité de produire un écrit (§3).

⁸⁰⁹ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n° 396.

§ 1. La liberté de la preuve en matière commerciale

267. L'article 1341, alinéa 2, du Code civil français réserve le jeu dérogatoire du Code de commerce : « le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce ». La preuve des actes juridiques en matière commerciale est alors réglée par l'article L. 110-3 du Code de commerce. En vertu de cet article, « à l'égard des commerçants, les actes juridiques peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ». Auparavant, la règle était énoncée à l'article 109 du même Code : « les achats et les ventes se constatent : par actes publics ; par actes sous seing privé ; par le bordereau ou arrêté d'un agent de charge ou courtier, dûment signé par les parties ; par une facture acceptée ; par la correspondance ; par les livres des parties ; par la preuve testimoniale, dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre ». L'ancien article énumérait les actes ne bénéficiant pas de la liberté de la preuve en matière commerciale. En dépit de cela, la jurisprudence française lui reconnaissait une portée générale en jugeant qu'« aux termes de l'article 109 du Code de commerce, il appartient aux tribunaux, statuant en matière commerciale, de puiser les éléments de leur conviction, dans tous les moyens de preuve établis par la loi »⁸¹⁰.

268. Le principe de liberté de la preuve en matière commerciale s'explique par certaines raisons. Tout d'abord, les activités commerciales, doivent être rapides, simples et faciles, ce qui est incompatible avec les règles de la preuve préconstituée de l'article 1341 du Code civil français⁸¹¹. Ensuite, les contrats sont passés par les commerçants dans des conditions similaires et répétitives. Il est convenable d'opter pour une souplesse en matière de preuve des actes de commerce pour la simple raison que certains usages écartent la rédaction d'un écrit dans diverses situations⁸¹². Enfin, il ne faut pas oublier la tenue des livres de commerce, obligatoire pour les commerçants, ce qui permet, d'une certaine manière, de

⁸¹⁰ Cass. civ. 1^e, 17 mai 1892, DP. 92.1.604.

⁸¹¹ Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, éd., Economica, 11^e, 2001, n° 78 ; G. PARLEANI, *Un texte anachronique : le nouvel article 109 du Code de commerce*, *Chron.*, D. 1983, p. 68, n° 17.

⁸¹² J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, les contrats commerciaux* par J. HEMARD, 1953, n° 30 et 31. - F. GORE, *Droit des affaires*, 1977, n° 41. - J. GUYENOT, *Cours de droit commercial*, 1977, n° 136. - R. HOUIN et R. RODIERE, *Droit commercial*, t. I, 1981, n° 512.

suppléer le défaut d'acte instrumentaire⁸¹³. C'est pourquoi les règles de forme probatoire de l'article 1341 du Code civil français s'avèrent inadaptées aux activités commerciales ; en d'autres termes, il est important d'admettre la liberté de la preuve en matière commerciale.

Cependant, certains auteurs évoquent les inconvénients de la liberté de la preuve en matière commerciale. En premier lieu, l'absence d'écrit instrumentaire peut risquer d'entraîner les discussions sur le contenu exact ou même sur le contenu du contrat : la preuve préconstituée permettrait d'éviter certaines de ces difficultés⁸¹⁴. En second lieu, l'article 110-3 du Code de commerce n'autorise le recours qu'à tous moyens de preuve pour prouver l'acte de commerce contre un commerçant, celui qui veut opposer l'acte juridique à l'encontre d'un non-commerçant doit rapporter la preuve littérale suivant les règles de l'article 1341 du Code civil français. Cette solution est donc asymétrique. Cela peut justifier pourquoi la règle de la liberté de la preuve en matière commerciale contient certaines exceptions⁸¹⁵.

269. Il convient maintenant d'examiner la règle de liberté de preuve en matière commerciale en deux sous-sections : les actes de commerce conclus par des commerçants (A) et les actes mixtes pouvant faire l'objet d'un régime de preuve commerciale (B).

A. Les actes juridiques purement commerciaux

270. En examinant l'article L. 110-3 du Code de commerce français, on observe que la règle de la liberté de la preuve en droit commercial a une portée générale. Pour bénéficier de cette règle, il faut réunir deux conditions cumulatives : l'une est relative à la nature de l'acte, et l'autre, à la qualité de celui contre lequel on veut le prouver⁸¹⁶.

En premier lieu, l'article L. 110-3 du Code de commerce ne s'applique qu'aux contrats commerciaux, plus généralement, à tout acte de commerce sauf exceptions. Ainsi en est-il des

⁸¹³ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1384 ; REPERT, par ROBLOT, t. 1, n° 340.

⁸¹⁴ Par exemple, Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, 11^e, éd., Economica, 2001, n° 78.

⁸¹⁵ Certains contrats commerciaux ne peuvent être prouvés que par écrit, même si la valeur de leur objet est inférieure au seuil légal. Ainsi en est-il des contrats d'assurance (Art. 172-1 du Code des assurances), des sociétés (Art. 1835 du Code civil).

⁸¹⁶ L. LEVENEUR, Double condition délimitant la liberté de preuve en matière commerciale, JCP éd., E n° 50 1998, p. 1970 ; J.-B. BLAISE, *Droit des affaires, Commerçants, Concurrence, Distribution*, 5^e éd., LGDJ, 2009, n° 253 et s ; L. GRYNBAUM, *Rép. com. Dalloz, V. Preuve*, n° 14 et s. ; G. PARLEANI, Un texte anachronique : le nouvel article 109 du Code de commerce, *Chron., D.* 1983.66.

contrats de vente d'un fonds de commerce⁸¹⁷, d'entreprise⁸¹⁸, d'ouverture de crédit⁸¹⁹, de dépôt⁸²⁰, etc., dont la preuve est apportée par tous les moyens, à condition que ceux-ci soient faits par un commerçant pour les besoins de son commerce. Ainsi, la liberté de la preuve des actes juridiques est écartée lorsqu'un contrat n'est pas commercial, même s'il a été conclu entre deux commerçants. Les règles de la preuve préconstituée lui sont alors applicables. Dans un arrêt du 23 mai 1977, la première Chambre civile de la Cour de cassation a admis que la preuve du contrat de prêt entre deux commerçants devait être rapportée par écrit selon les règles de l'article 1341 du Code civil, dès lors que ce contrat est étranger à l'exercice de leurs commerces⁸²¹. Elle a également décidé que l'écrit est exigé par l'article 2044 du Code civil français, pour la preuve de la transaction en matière civile, et « qu'en matière commerciale, une transaction peut être établie par tous modes de preuve qu'autorise l'article 109 du Code de commerce, notamment par témoins ou par simples présomptions »⁸²². Dès lors, nous constatons que la détermination du domaine d'application de ce texte est l'un des principaux intérêts qui s'attachent à la détermination de la nature commerciale ou civile d'un contrat.

271. En second lieu, la règle de l'article L. 110-3 du Code de commerce concerne seulement les commerçants dans l'exercice de leur commerce. Elle n'est pas applicable à l'acte de commerce accompli par un non-commerçant. Dans ce cas, l'on doit justifier la qualité du commerçant à l'encontre duquel on prouve⁸²³. Cette qualité est en effet déterminée lors de la conclusion de l'acte juridique. Elle résulte généralement de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, mais peut être établie par tous moyens par le cocontractant⁸²⁴.

⁸¹⁷ Cass. com. 6 juin 1955 : Bull. civ. III, n° 201.

⁸¹⁸ Cass. com. 31 mai 1965 : Bull. civ. III, n° 345, pour la preuve d'une commande de travaux. - Cass. 3^e civ., 8 mai 1969 : Bull. civ. III, n° 367, pour un marché à forfait.

⁸¹⁹ Cass. com. 14 octobre 1981 : Bull. civ. IV, n° 358. - Orléans 26 octobre 1971 : J.C.P. 72, II, 17082, obs. J. STOUFFLET.

⁸²⁰ Cass. com. 14 février 1973 : Bull. civ. IV, n° 76. - Cass. 2^e civ., 2 février 1983 : D.S. 1983, *inf. rap.* 470, obs. M. VASSEUR.

⁸²¹ Cass. 1^e civ., 23 mai 1977 : Bull. civ. I, n° 247 ; Rev. trim. dr. com. 1977, 711, obs. J. DERRUPPE.

⁸²² Cass. 1^e civ., 26 décembre 1950 : Bull. civ. I, n° 268 ; S. 1952, I, 37, note MEURISSE. Voir aussi Ph. MALAURIE, L. AYNES, *La transactions*, Defrénois, 1992.769, n° 19.

⁸²³ Cass. Com. 21 juin 1988, note Ph. DELEBECQUE, JCP 1989. II. 21170; G. PARLEANI, *Un texte anachronique : le nouvel article 109 du Code de commerce*, D. 1983. Chron., p. 65 et s.

⁸²⁴ D. GUEVIEL, Art. 1341 à 1348, Fasc., 40, *Contrats et obligations, Preuve testimoniale, Liberté des preuves en matière commerciale*, n° 74.

En effet, l'article 64 du décret du 30 mai 1984 dispose que « l'immatriculation d'une personne physique emporte présomption de la qualité de commerçant. Toutefois, cette présomption n'est pas opposable aux tiers et à l'administration qui apportent la preuve contraire. Les tiers et administrations ne sont pas admis à se prévaloir de la présomption s'ils savaient que la personne immatriculée n'était pas commerçante ». La présomption est toutefois irréfragable pour les sociétés commerciales par leur forme. Ainsi, le premier article de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 énonce expressément que « le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet. Sont commerciales à raison de leur forme, et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions ». En revanche, une partie à un litige pourra prouver librement qu'une société de fait est de nature commerciale⁸²⁵.

Cette règle s'applique également à l'acte modificatif d'une convention initiale intervenue entre deux commerçants pour l'exercice de leur commerce⁸²⁶, même si l'une des parties a perdu la qualité de commerçant lors de l'acte modificatif litigieux⁸²⁷. Cette solution s'expliquerait par l'acte modificatif est absorbé par l'acte initial, dont la seule date doit donc être prise en compte pour apprécier la qualité du commerçant⁸²⁸.

272. En somme, afin de bénéficier de la liberté de la preuve en droit commercial, il convient de supposer deux conditions cumulatives : la présence d'un acte de commerce et la qualité de commerçant. En ce sens, Monsieur. LEVENEUR observe : « il est nécessaire que les deux conditions posées par le texte, dans la rédaction que lui a donnée la loi du 12 juillet 1980, soient remplies : la liberté de preuve ne vaut en effet qu'à l'égard des commerçants et lorsqu'il s'agit de prouver des actes de commerce »⁸²⁹. Elle peut s'appliquer également aux actes mixtes sous réserve que certaines conditions soient réunies.

⁸²⁵ F. FERRAND, *op. cit.*, n° 224.

⁸²⁶ Cass. com. 12 octobre 1982, Bull. civ. IV, n° 313.

⁸²⁷ Com. 16 décembre 1980, Bull. civ. IV, n° 425.

⁸²⁸ Cass. com. 19 mars 1980 : Bull. civ. IV, n° 136, RTD com., 1980, 759, obs. J. DERRUPPE.

⁸²⁹ L. LEVENEUR, Double condition délimitant la liberté de preuve en matière commerciale, JCP éd., E et N., 1998.1970.

B. Les actes mixtes

273. L'acte mixte est « celui passé par un commerçant avec un non-commerçant ou un commerçant agissant pour ses besoins propres »⁸³⁰. Tel est le cas du contrat de vente signé par un commerçant et non commerçant ou du contrat de construction de maison conclu entre une entreprise de travaux et un particulier. En effet, les obligations découlant d'un tel commerçant sont commerciales tandis que celles provenant d'un particulier sont civiles. En présence d'un tel acte mixte, il convient de s'interroger sur la règle de la preuve qui lui est applicable.

La solution dépend, non de la nature de la juridiction saisie, mais de la qualité de celui contre qui la preuve doit être produite⁸³¹. De fait, la Cour de cassation a admis depuis longtemps que lorsqu'un commerçant prouve contre un non-commerçant un acte juridique, la preuve de cet acte doit être faite selon les règles des articles 1341 et suivants du Code civil français⁸³². A l'inverse, lorsqu'un non-commerçant prouve à l'encontre d'un commerçant l'existence et le contenu d'un acte de commerce, il peut apporter la preuve par tous moyens⁸³³. A partir de cette argumentation, l'on constate que l'article L. 110-3 du Code de commerce fait une distinction selon la qualité du commerçant en disposant que les actes de commerce peuvent être prouvés par tous moyens à l'égard des commerçants.

274. Cette solution asymétrique est discutée par une partie de la doctrine contemporaine. Certains auteurs la jugent raisonnable car elle concerne « les actes les plus importants ; les commerçants, lorsqu'ils traitent avec des non-commerçants, [qui] doivent se ménager une preuve par écrit »⁸³⁴. Cette solution s'explique notamment par la finalité de la

⁸³⁰ D. HOUTCIEFF, Rép. Com. Dalloz., V. Actes de commerce, n° 225.

⁸³¹ G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit commercial, t. 1, 17^e, éd., LGDJ, 1998, par M. GERMAIN et L. VOGEL, n° 345 ; Y. CHARTIER, La preuve commerciale après la loi du 12 juillet 1980, *in* Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle, Etudes offertes en l'honneur de M. JUGLART, éd., Montchrestien, 1986, p. 95, n° 9.

⁸³² Cass. civ., 31 mars 1874 : D. 1875, 1, p. 229 ; S. 1875, 1, p. 365. - Cass. com., 8 juillet 1968 : Bull. civ. IV, n° 226. - Cass. 1^e civ., 23 mai 1977 : Bull. civ. I, n° 246 ; RTD com. 1977, p. 711, n° 1, obs. J. DERRUPPE.

⁸³³ Cass. Req. 1^e, juillet 1908, D.P. 1909.1.11 ; Cass. Soc. 30 octobre 1973, Bull. civ. V, n° 541, p. 496 ; Com. 20 mai 1980, Bull. civ. IV, n° 210, p. 169.

⁸³⁴ J.-B. BLAISE, Droit des affaires, Commerçants, Concurrence, Distribution, 5^e, LGDJ, 2009, n° 254.

protection d'un non-commerçant qui est présumée plus faible que le commerçant⁸³⁵. En revanche, d'autres auteurs affirment qu'elle n'est pas bonne, et gêne « les relations des commerçants avec leur clientèle, parce que les commerçants devraient se réserver une preuve écrite des opérations conclues avec les non-commerçants. Logiquement, il n'est pas satisfaisant d'établir des régimes de preuve différents pour deux parties à un même contrat »⁸³⁶. Quant à cette question, nous nous bornons à citer seulement les deux opinions de la doctrine française, et nous ne lui consacrons pas une étude détaillée, car cela dépasserait le cadre de cette étude.

275. Ainsi, lorsque le législateur français a voulu réduire le domaine d'application de la preuve préconstituée. Le Code de commerce porte une exception au principe de la preuve légale en matière d'acte juridique. Toutefois, il existe d'autres exceptions aux règles de preuve préconstituée dont une espèce typique va être examinée dans le développement suivant.

⁸³⁵ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1398 ; R. MOUGENOT, *Droit des obligations, La preuve*, 2^e, éd., Lacier, 1997, n° 59.

⁸³⁶ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, par M. GERMAIN et L. VOGEL, t.1, 17^e, éd., LGDJ, 1998, n° 345. V. aussi, F. CHAMOIX, *la preuve dans les affaires*, éd., Litec, 1979, p. 92.

§ 2. L'existence d'un commencement de preuve par écrit

276. L'article 1347, alinéa 1^{er}, du Code civil français dispose que les règles de l'article 1341 du même Code reçoivent « exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit ». Dans son alinéa 2, ce dernier est défini comme « tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué ». Ce texte indique clairement trois conditions cumulatives pour l'existence d'un commencement de preuve par écrit : l'existence d'un écrit (A), l'origine de l'écrit (B) et la pertinence de l'écrit (C).

A. L'existence d'un écrit

277. A l'égard du premier élément constitutif d'un commencement de preuve par écrit, il convient de remarquer que la portée de l'existence d'un écrit fait l'objet d'une interprétation très extensive. Si l'article 1347 du Code civil ne vise que l'acte « par écrit » (1), la jurisprudence étend cette notion à d'autres documents qu'elle leur assimile (2)⁸³⁷.

1. Les écrits au sens original du terme

278. Selon l'article 1347 du Code civil français, l'existence d'un écrit est une des conditions de l'existence d'un commencement de preuve par écrit. Néanmoins, il ne donne aucune explication sur la notion d'écrit à titre de commencement de preuve par écrit. Pour combler cette lacune, la doctrine, tirée des solutions jurisprudentielles, le définit ainsi : « écrit, mais non acte instrumentaire ; il ne vaut pas comme preuve écrite préconstituée. Cette imperfection peut tenir à la forme, au but, ou au contenu de l'acte »⁸³⁸. Cette définition signifie que l'écrit, à titre de commencement de preuve par écrit, est rédigé pour faire la preuve, mais il est irrégulièrement établi, de sorte qu'il ne vaut pas comme preuve littérale⁸³⁹.

⁸³⁷ Fr. TERRE, *op. cit.*, n° 646 ; H. MAZEAUD, La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit de l'article 1347 du Code civil, thèse, Lyon, 1921.

⁸³⁸ J. CARBONNIER, Droit civil, t. IV, Les obligations : Coll. Thémis Droit privé, PUF, 22^e, éd., Paris 2000, n° 96.

⁸³⁹ Fr. TERRE, *op. et loc cit.*

Le commencement de preuve par écrit résulte souvent de l'acte sous seing privé rédigé pour conserver la preuve, mais il manque une des conditions exigées par la loi. Dans cette hypothèse, il ne peut pas valoir comme preuve parfaite. Les exemples d'une telle situation abondent en droit français. Tel est le cas d'un contrat synallagmatique qui n'a pas été rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties comme l'exige l'article 1325 du Code civil français, qui constitue un commencement de preuve par écrit⁸⁴⁰. Il en est de même pour la mention manuscrite exigée par l'article 1326 du Code civil qui est absente, insuffisante ou contradictoire avec le texte de l'engagement, ce qui constitue un commencement de preuve par écrit⁸⁴¹. Lorsqu'un acte authentique est irrégulier et ne vaut pas un acte sous seing privé, il peut « servir de commencement de preuve par écrit, à moins que l'irrégularité consiste dans l'absence de signature des parties consécutive à un refus »⁸⁴². Dans l'ensemble, on peut conclure que le commencement de preuve par écrit émane de l'acte instrumentaire nul ; par conséquent, ceci peut servir de commencement de preuve par écrit.

279. L'acte sous seing privé et l'acte authentique correspondent certainement à l'expression « actes écrits », disposés par l'article 1347 du Code civil français. En dehors de ces deux actes, la jurisprudence française admet encore que les lettres missives⁸⁴³, les papiers domestiques⁸⁴⁴, les énonciations inventaires⁸⁴⁵, les feuilles de route d'un camionneur⁸⁴⁶, etc., peuvent constituer le commencement de preuve par écrit. Elle soutient également que les

⁸⁴⁰ Cass. civ., 28 novembre 1864 : S. 1865, I, p. 5. - Cass. civ., 28 juillet 1926 : S. 1926, I, p. 291. - Cass. civ., 15 janvier 1946 : D. 1946, p. 131 ; S. 1946, I, p. 29, note G.L. - Cass. civ., 29 janvier 1951 : Bull. civ. 1951, I, n° 35, p. 28. - Cass. civ., 12 avr. 1956 : Bull. civ. 1956, I, n° 151, p. 123. - Cass. com., 5 novembre 1962 : Bull. civ. 1962, III, n° 434, p. 358, préc. - Cass. soc., 29 mai 1963 : Bull. civ. 1963, IV, n° 438, p. 359.

⁸⁴¹ Cass. Com., 27 mai 1986, Bull. civ. I, n° 141 ; Cass. com. 26 juin 1990, 2 arrêts, *ibid.* IV, n° 188 et 189, Defrénois Cass. 1^{er} civ. 16 décembre 1981, Bull. civ. I, n° 388 ; 16 janvier 1995, *ibid.* I, n° 24, RTD civ. 1986.758, obs. J. MESTRE 1990.1345, obs. L. AYNÈS ; Cass. 1^{er} civ. 15 octobre 1991, Bull. civ. I, n° 259, JCP 1992.II.21923, note Ph. SIMLER ; 23 juin 1992, D. 1992, IR 206 ; 20 octobre 1992, Bull. civ. I, n° 259, D. 1993, somm. 310, obs. L. AYNÈS ; 20 octobre 1993, JCP 1994.II.22351, note Ph. SIMLER ; Cass. com. 11 janvier 1994, 3 arrêts, Bull. civ. IV, n° 16, 17 et 18, RTD civ. 1994.899, obs. M. BANDRAC ; 31 mai 1994, Bull. civ. IV, n° 19, RRJ 1997-1, 335, note J.-L. MOURALIS ; Cass. 1^{er} civ. 29 février 2000, Bull. civ. I, n° 68 ; Cass. com. 23 mai 2000, *ibid.* IV, n° 107 ; Cass. 1^{er} civ. 10 janvier 1995, JCP, éd. N, 1995.II.1006, note BILLIAU, même solution pour une garantie autonome ; 27 juin 1995, D. 1986.133, note MICHA-GOUDET.

⁸⁴² J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1242.

⁸⁴³ Cass. crim., 26 juillet 1872 : DP 1872, I, p. 473.

⁸⁴⁴ Cass. Req. 28 novembre 1871.1.260.

⁸⁴⁵ Cass. 1^{er} civ. 2 avril 1963, Bull. civ. I, n° 202.

⁸⁴⁶ Cass. 1^{er} civ. 10 novembre 1971, *ibid.* I, n° 287.

écrits de toute nature peuvent servir de commencement de preuve par écrit, même s'ils ne sont pas signés, à condition que leur origine ne soit pas douteuse⁸⁴⁷. De même, elle admet que le document signé par le débiteur, dont la signature est raturée par le créancier, constitue simplement un commencement de preuve par écrit⁸⁴⁸.

280. Surtout, la jurisprudence a étendu depuis longtemps cette notion en admettant la copie d'un original en tant que commencement de preuve par écrit⁸⁴⁹. Cependant, le second alinéa de l'article 1348 du Code civil français, issu de la réforme du 12 juillet 1980, dispose que les règles des articles 1341 et suivants « reçoivent exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie... ». Suivant cette disposition, pour constituer la preuve d'un acte juridique, la copie doit respecter deux conditions. Tout d'abord, le titre original ne doit pas avoir été conservé, et ensuite, cette copie doit être « la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable » de l'original. En revanche, si la copie ne peut pas valoir une preuve parfaite, elle peut servir de commencement de preuve par écrit⁸⁵⁰. Cette solution s'étend à la télécopie qui vaut le commencement de preuve par écrit⁸⁵¹.

Néanmoins, la situation est bien différente pour les deux cas suivants. En premier lieu, si l'acte irrégulier est requis pour la validité de l'acte juridique, il ne peut valoir de commencement de preuve par écrit puisqu'il est radicalement nul pour vice de forme⁸⁵². En second lieu, si l'acte irrégulier est l'irrégularité de fond concernant le droit lui-même, il ne peut non plus valoir de commencement de preuve par écrit, au motif de la nullité d'ordre public. Tel est le contrat de location-gérance qui ne remplit pas les conditions prévues par les articles L. 144-3 et L. 144-4 du Code de commerce, qui doit alors être déclaré nul⁸⁵³.

⁸⁴⁷ Cass. civ. 22 novembre 1948, D.1949.27.

⁸⁴⁸ 1^e civ. 16 juin 1993, Bull. civ. I, n° 219, D. 1995. 406, note RAFFI.

⁸⁴⁹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR, E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 57 ; Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 580 et les réf. cit. - J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 596 et s. et 614 et s. - Cass. 1^e civ., 27 mai 1986 : Bull. civ. 1986, I, n° 141, p. 141 ; Gaz. Pal. 1987, I, somm. p. 54, obs. H. CROZE et Ch. MOREL ; JCP G 1987, II, 20873, obs. M. URIBARRI ; RTD civ. 1987, p. 765, n° 16, obs. J. MESTRE.

⁸⁵⁰ Civ. 1^e, 27 mai 1986, Bull. civ. I, n° 141 ; Gaz. Pal. 1987.1. Somm. 54, note CROZE et MOREL ; RTD civ. 1987, note J. MESTRE.

⁸⁵¹ Civ. 1^e, 14 février 1995, D. 1995. 340, note S. PIEDELIEVRE ; JCP 1995.II.22402, note CHARTIER ; RTD civ. 1996. 174, note J. MESTRE.

⁸⁵² J.-L. ; MOURALIS, *op. cit.*, n° 1244.

⁸⁵³ Cass. 3^e civ., 18 mai 2005 : Juris-Data n° 2005-028440 ; JCP E 2005.

Autrement dit, l'acte entaché de nullité d'ordre public ne constitue pas un commencement de preuve par écrit⁸⁵⁴.

⁸⁵⁴ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1244.

2. Les écrits par assimilation

281. Les écrits par nature sont une condition d'existence du commencement de preuve par écrit, d'après l'article 1347 du Code civil français. Or, la jurisprudence ne s'est pas bornée aux contours des écrits par nature⁸⁵⁵. Elle a interprété cette notion de façon extensive au sens de l'article 1347 du Code civil français en admettant les écrits par assimilation. A cet égard, l'enregistrement de la voix humaine, de déclarations verbales ou le comportement d'une partie, peuvent constituer un commencement de preuve par écrit, s'ils remplissent les conditions de l'article 1347 du Code civil français⁸⁵⁶.

Un enregistrement de voix humaine sur disque, sur fil ou bande magnétique peut être reconnu comme un commencement de preuve par écrit, s'il est réalisé à la connaissance de celui à qui on l'oppose⁸⁵⁷. Cette solution s'appuie sur l'argument selon lequel l'usage des magnétophones ou de tout autre mode d'enregistrement de la parole remplit les mêmes fonctions que l'écriture⁸⁵⁸. D'abord, l'enregistrement permet de conserver la trace fidèle des paroles prononcées et d'identifier sans grande chance de se tromper celui dont elles émanent⁸⁵⁹. On conçoit, en particulier, la réalisation d'un acte juridique unilatéral sur disque. Il n'est pas plus facile de truquer la parole de celui qui dicte que de falsifier l'écriture de celui qui écrit. La parole est identifiable au même titre que l'écriture et la signature. Ensuite, les techniques de l'enregistrement (les données ou bases scientifiques) permettent encore d'identifier l'auteur de la parole comme les rôles de l'acte instrumentaire. En effet, « la voix d'une personne est aussi caractéristique de cette personne que ses empreintes digitales et il doit être possible de découvrir scientifiquement sur une bande magnétique, reproduisant une bande truquée par coupures et collages, par exemple, des anomalies provoquées par ce truquage, d'en fixer l'emplacement, de mettre en évidence la fraude et d'indiquer sur quelle portion de l'enregistrement elle a porté »⁸⁶⁰. Pour cette raison, la jurisprudence admet que l'enregistrement de la voix humaine peut constituer un commencement de preuve par écrit.

⁸⁵⁵ H. MAZEAUD, La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit de l'article 1347 du code civil, thèse, Lyon, 1921, p. 88.

⁸⁵⁶ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1250.

⁸⁵⁷ P. MIMIN, La preuve par magnétophone, JCP G, 1957. I.1370.

⁸⁵⁸ *Ibid.*

⁸⁵⁹ Cass. 1^e, 16 novembre 1954, note R. LEGAIS, JCP éd., G., 1955.II.8550.

⁸⁶⁰ Th. IVAINER, Le magnétophone, source ou preuve de rapports juridiques en droit privé, Gaz. Pal. 1966.2.91.

Cependant, l'enregistrement de la voix humaine ne peut pas servir de commencement de preuve par écrit s'il est « obtenu à l'insu d'une personne, grâce à un magnétophone caché ou à une écoute téléphonique clandestine »⁸⁶¹. De ce point de vue, dans un arrêt du 7 octobre 2004, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation confirme que « l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue »⁸⁶². Cette solution repose sur le principe de loyauté dans l'administration des moyens de preuve en matière civile. La source des moyens de preuve des actes juridiques doit être loyale⁸⁶³.

Dès lors, il importe de conclure que l'enregistrement de la voix humaine ne s'assimile qu'à une preuve littérale susceptible de constituer un commencement de preuve par écrit, lorsqu'il est obtenu par un moyen loyal⁸⁶⁴. A l'inverse, s'il l'est selon un moyen frauduleux ou clandestin, il ne peut pas être reconnu comme commencement de preuve par écrit.

282. Les déclarations faites par une partie et reproduites dans un écrit peuvent constituer un commencement de preuve par écrit⁸⁶⁵. Ainsi, l'article 1347, alinéa 3 du Code civil français dispose : « peuvent être considérées par le juge comme équivalent à un commencement de preuve par écrit les déclarations faites par une personne lors de sa comparution personnelle »⁸⁶⁶. Cette « solution est légitime lorsque les parties comparaissent et se soumettent aux interrogations posées »⁸⁶⁷. Il en résulte que deux possibilités se produisent. Si la réponse est assez claire pour que le juge puisse y voir un aveu, la preuve est faite⁸⁶⁸. Au contraire, si « la réponse est confuse, il ne peut y déceler qu'un indice du bien-fondé de la prétention du plaideur ayant requis la comparution »⁸⁶⁹. Or, cette réponse donnée oralement est reproduite dans un procès-verbal dressé par le greffier et le juge peut y voir un commencement de preuve par écrit.

⁸⁶¹ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1251.

⁸⁶² Cass. 2^e civ. 7 octobre 2004, D. 2005. 122.

⁸⁶³ N. LEGER, Enregistrement clandestin et loyauté de la preuve, JCP éd. G.2005.II.10025.

⁸⁶⁴ DENIS, Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil, RTD civ. 1977. 671.

⁸⁶⁵ Cass. req., 3 avril 1864 : S. 1864, I, p. 215 : déclarations reprises dans un jugement. - Cass. req., 1^e août 1867 : S. 1867, I, p. 373 : *idem*. - Cass. req., 17 juillet 1934 : DH 1934, p. 475.

⁸⁶⁶ Article 1347, alinéa 3 du Code civil français.

⁸⁶⁷ H. ROLAND, L. BOYER, Introduction au droit, éd., Litec, 2002, n° 1789.

⁸⁶⁸ Cass. 1^e civ., 21 mai 1968 : JCP G, 1968, II, 15617, obs. R.L.

⁸⁶⁹ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1258.

D’ailleurs, la jurisprudence française admet que les déclarations verbales consignées dans un écrit peuvent servir de commencement de preuve par écrit, même en l’absence de signature du déclarant⁸⁷⁰. Il en est de même, concernant « la déclaration d’une partie relatée dans les motifs d’un jugement ou des déclarations consignées dans un procès-verbal de gendarmerie »⁸⁷¹. Egalement, « les juges peuvent reconnaître le caractère de commencement de preuve par écrit d’un contrat civil à l’interrogatoire d’un inculpé, si du moins ils ne se contentent pas d’analyser ce document mais reproduisent mot pour mot celles de ses déclarations qui rendent vraisemblables les prétentions de son adversaire »⁸⁷². Dans tous ces cas, il faut constater que les déclarations verbales ne peuvent constituer qu’un commencement de preuve par écrit si elles sont enregistrées dans un écrit. Autrement dit, si elles « ne sont pas reproduites dans un écrit, [elles] ne peuvent pas servir un commencement de preuve par écrit. Toutefois, un écrit qui n’est pas présenté peut valoir comme commencement de preuve par écrit si son existence et son contenu sont établis avec certitude son existence et son contenu, notamment par l’aveu ou le serment décisive de celui à qui l’on oppose »⁸⁷³. De toute évidence, la qualification de cette circonstance dépend du pouvoir souverain du juge de fond.

283. A propos de l’action ou de l’inaction d’une personne qui peut équivaloir également à un commencement de preuve par écrit, l’attitude de cette personne comporte des liens directs avec un écrit.

De ce point de vue, l’article 198 du Code de procédure civile français dispose : « le juge peut tirer toute conséquence de droit des déclarations des personnes, de l’absence ou du refus de répondre de l’une d’elles et en faire état comme équivalant à un commencement de preuve par écrit ». En considérant cette règle, la jurisprudence admet que l’absence de mention de la créance en litige peut équivaloir à un commencement de preuve par écrit⁸⁷⁴. De la même façon, le fait de se désister d’un appel formé contre un jugement rejetant une exception de nullité peut constituer un commencement de preuve par écrit⁸⁷⁵.

Au contraire, si les comportements d’une partie ne se rattachent par aucun point et sous aucun rapport à un écrit quelconque, ils ne peuvent pas constituer un commencement de

⁸⁷⁰ Cass. req., 3 avril 1864 : S. 1864, I, p. 215.

⁸⁷¹ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1259.

⁸⁷² *Ibid.*

⁸⁷³ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1260.

⁸⁷⁴ Cass. req., 18 janvier 1904 : DP 1904, I, p. 295 ; S. 1904, I, p. 128.

⁸⁷⁵ Cass. 1^e civ. 21 décembre 1959, Bull. civ. I, n° 548.

preuve par écrit. Par exemple, la déclaration d'une partie, qui est faite devant un expert ne peut équivaloir à un commencement de preuve par écrit, c'est une convention alléguée⁸⁷⁶. Il en est de même de « l'absence de dénégation de l'exactitude d'une affirmation formulée par une partie devant un expert, [qui] ne vaut pas commencement de preuve par écrit de l'existence de la convention prétendue »⁸⁷⁷. Ainsi, l'interprétation extensive par la jurisprudence de la notion de commencement de preuve par écrit comporte incontestablement une limite : « le support au moins indirect d'un écrit »⁸⁷⁸.

B. L'origine de l'écrit

284. En ce qui concerne la deuxième condition de l'existence d'un commencement de preuve par écrit, l'article 1347 du Code civil français prévoit qu'il doit émaner « de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente ».

D'après ce texte, le commencement de preuve par écrit peut provenir de deux cas : l'écrit émane d'une part de la personne à laquelle il est opposé (1), d'autre part du représentant (2).

1. L'écrit émane de la personne à laquelle il est opposé

285. Pour constituer un commencement de preuve par écrit, ce dernier doit être « émané de celui contre lequel la demande est formée »⁸⁷⁹. Ainsi, il ne peut pas découler de la personne qui s'en prévaut ni de celle à laquelle on l'oppose. En d'autres termes, le commencement de preuve par écrit ne peut être l'œuvre ni du demandeur, ni du tiers. A titre d'exemple, les lettres adressées à des tiers par le mandataire supposé ne constituent pas un commencement de preuve par écrit à l'encontre de la personne contestant avoir donné mandat⁸⁸⁰. Il en est de même des contestations émanant d'un locataire et de deux employés du demandeur qui ne valent pas commencement de preuve par écrit⁸⁸¹. De plus, l'écrit émanant

⁸⁷⁶ Cass. 3^e civ., Bull. Civ. III, n° 363, Gaz. Pal. 1977.1.183, note J.V.

⁸⁷⁷ Ch. AUBRY et Ch. RAU, Cours de droit civil français, t. XII par P. ESMEIN, *op. cit.*, n° 764.

⁸⁷⁸ Cass. 3^e civ. 23 avril 1997, Bull. civil. III ; n° 88, obs. J. MESTRE, RTD civ. 1998.106 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, Traité de droit civil, Introduction générale, 4^e éd., LGDJ, 1994, n° 668.

⁸⁷⁹ Article 1347, alinéa 2, du Code civil français.

⁸⁸⁰ Cass. com., 15 janvier 1963 : Bull. civ. 1963, III, n° 42, p. 34.

⁸⁸¹ Cass. 3^e civ., 29 février 1972 : Bull. civ. 1972, III, n° 142, p. 102. - Cass. 1^e civ., 10 février 1981 : Bull. civ. 1981, I, n° 49, p. 40.

du tiers ne peut pas valoir commencement de preuve par écrit, même si ce dernier coïncide avec le plaideur auquel ce document est opposé⁸⁸². Cependant, s'il découle à la fois d'une partie et d'un tiers, il peut servir de commencement de preuve par écrit car il n'émane pas seulement du tiers⁸⁸³.

Par ailleurs, il convient de préciser que le commencement de preuve par écrit peut être opposé aux ayants cause universels ou à titre universel de celui dont il émane. Ceux-ci sont les continueurs de la personne qui prend sa place dans le rapport d'obligation, de sorte que ceux-ci doivent être considérés comme les auteurs de l'écrit⁸⁸⁴.

2. L'écrit émane du représentant

286. La situation est simple lorsque l'écrit est l'œuvre du plaideur, alors qu'elle devient compliquée en ce qui concerne le représentant de la personne à laquelle l'écrit est opposé. A cet égard, l'article 1347, alinéa 2 du Code civil français dispose qu'un écrit doit être « émané [...] de celui qu'il représente ». Néanmoins, ce texte ne précise pas qu'un tel écrit puisse servir de commencement de preuve par écrit à l'encontre du représenté. Ainsi, il est nécessaire de préciser quelle est la portée du terme « représentation » au sens de l'article 1347 du Code civil français.

Tout d'abord, si le document écrit est fait par le représentant légal dans l'exercice de ses pouvoirs, il peut constituer un commencement de preuve par écrit contre le représenté. Ainsi en est-il lorsque le document du tuteur ou de l'administrateur légal est opposable à titre de commencement de preuve par écrit au mineur ou au majeur incapable, du moins si le représentant agit sans excéder ses pouvoirs⁸⁸⁵. De même, les documents des avocats mandataires constituant des commencements de preuve par écrit sont opposables à leurs clients⁸⁸⁶. En outre, les documents émanant de l'huissier qui représente la personne pour laquelle il instrumente peuvent servir de commencement de preuve par écrit à l'encontre de celui qui requiert ses services⁸⁸⁷.

⁸⁸² Cass. Civ. 22 mai 1935, S. 1935.1.307; AUBRY et RAU, T. 12, par ESMEIN, § 764, p. 279.

⁸⁸³ Cass. 1^e, Civ. 24 mai 1960, Bull. civ.I, n° 284.

⁸⁸⁴ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1275.

⁸⁸⁵ Cass. civ. 23 novembre 1869, DP 1870.1.24.

⁸⁸⁶ Cass. 1^e civ. 5 octobre 1976, Bull. civ. I, n° 283.

⁸⁸⁷ Cass. req. 16 juin 1890, DP 1890.1.97, note PLANIOL.

Ensuite, si l'écrit peut être l'œuvre du représentant conventionnel, le demandeur qui l'utilise à titre de commencement de preuve par écrit à l'encontre d'une partie, « doit justifier l'existence d'un mandat entre cette partie et l'auteur du document »⁸⁸⁸. Au contraire, on ne permet pas au demandeur de retenir l'écrit à titre de commencement de preuve par écrit s'il ne peut rapporter la preuve de l'existence du mandat⁸⁸⁹. Dans cette hypothèse, il suffit que « la preuve du mandat soit rapportée. Peu importe à ce propos, que la portée de ce contrat prête à discussion »⁸⁹⁰. Dans la mesure où la représentation n'est pas expresse, cette circonstance laisse le pouvoir souverain d'appréciation au juge de fond⁸⁹¹.

287. Pour qu'un écrit soit considéré comme émané d'une personne envisagée, il doit provenir effectivement de lui. Il est évident que l'existence d'une signature ou l'écriture manuscrite de celui à qui on l'oppose justifie bien l'origine de l'écrit qui émane de lui⁸⁹². Quand l'écrit est seulement signé de la main de celui à qui on l'attribue, l'origine du document n'est considérée comme établie que s'il s'agit d'une véritable signature. C'est pourquoi, une croix, une empreinte digitale, l'apposition d'un sceau ne peut jamais être considérée comme une signature⁸⁹³.

Toutefois, la jurisprudence admet qu'un document puisse constituer un commencement de preuve par écrit, même s'il n'est pas l'œuvre matérielle de celui à qui on l'oppose, si ce document correspond exactement à la volonté de l'auteur⁸⁹⁴. Cette circonstance peut se produire dans les deux cas suivants. Celui où une personne accepte un écrit qu'elle n'a ni signé ni matériellement rédigé ; il peut constituer un commencement de preuve par écrit s'il est tacitement ou expressément confirmé par son auteur⁸⁹⁵. Le second est lorsqu'un écrit doit être imputé à son auteur qui le confectionne. « C'est l'hypothèse où les actes présentés indiquent l'origine des déclarations qu'ils relatent et ont été rédigés par quelqu'un

⁸⁸⁸ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1283.

⁸⁸⁹ Cass. civ. 24 novembre 1969, D. 1970.155.

⁸⁹⁰ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1284.

⁸⁹¹ Cass. rep. 11 juin 1892, DP 1872.1.464 ; CA Alger, 17 octobre 1892, DP 1892.2.314.

⁸⁹² Cass. 1^e civ., 17 janvier 1961 : Bull. civ. 1961, I, n° 41, p. 33, préc. : texte non signé. - Cass. 3^e civ., 25 juin 1985 : JCP 1985, IV, 310. - Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 573 ; M. de JUGLART, A. PIEDELIEVRE et St. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 238.

⁸⁹³ Cass. civ. 15 mai 1934, DP 1934.1.113 ; AUBRY et RAU, T. 12, par ESMEIN, § 764, p. 346 et s.

⁸⁹⁴ L.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1292. Cass. 1^e civ. 17 janvier 1961, Bull. civ. I, n° 41.

⁸⁹⁵ Civ. 22 novembre 1948, D. 1949. 27. - Com. 10 juin 1953, Bull. civ. III, n° 216. - Civ. 13 juillet 1955, *ibid.* I, n° 304. - 23 novembre 1955, *ibid.* I, n° 406. - 24 novembre 1969, *ibid.* I, n° 355. - Civ. 3^e, 29 février 1972, *ibid.* III, n° 142.

particulièrement digne de confiance »⁸⁹⁶. Ainsi en est-il de la publication de mariage qui « peut valoir commencement de preuve par écrit d'une promesse de mariage. De même, est considérée comme établie l'origine des déclarations d'un plaideur indiquée dans les motifs d'un jugement ou celle des déclarations de celui qui a refusé de signer le procès-verbal d'un interrogatoire »⁸⁹⁷.

C. La pertinence de l'écrit

288. L'article 1347 du Code civil français prévoit la troisième condition : pour qu'un écrit puisse constituer un commencement de preuve par écrit, il faut qu'il rende vraisemblable le fait allégué. On sait que le commencement de preuve par écrit produit un déplacement du fait à prouver, en ce sens, il établit une vérité qui rend vraisemblables l'existence et le contenu d'une allégation⁸⁹⁸.

L'écrit, à titre de commencement de preuve par écrit, doit être vraisemblable, c'est-à-dire crédible, croyable, très plausible, moins que "vrai", mais plus que "possible"⁸⁹⁹. La condition vraisemblable signifie qu'il apporte certaines probabilités. En effet, il faut « une relation suffisamment étroite entre le fait établi et celui qu'il faut prouver, afin que le juge soit progressivement convaincu de la réalité du fait à démontrer ». Si cette relation fait défaut, il est impossible de constituer un commencement de preuve par écrit. Tel est le cas de l'endossement d'un chèque qui démontre simplement la réalité d'une remise de fond et ne constitue pas un commencement de preuve par écrit des prêts invoqués⁹⁰⁰.

De toute évidence, le commencement de preuve par écrit n'est pas tenu de relater directement et de façon positive le fait contesté⁹⁰¹. Un tel écrit à titre de commencement de preuve par écrit rend seulement vraisemblables les allégations du demandeur. Effectivement, la force probante du commencement de preuve par écrit est moins que celle de la preuve parfaite. Ainsi en est-il, par exemple, d'une lettre à travers laquelle une personne demande

⁸⁹⁶ J.-L. MOURALIS, *op. et loc cit.*, n° 1298.

⁸⁹⁷ J.-L. MOURALIS, *op. et loc cit.*, n°1299.

⁸⁹⁸ P. KINSCH, Entre certitude et vraisemblance, le critère de la preuve en matière civile, in *Mélanges en l'honneur du Doyen G. VIEDERKEHR*, éd., Dalloz, 2009, n° 7.

⁸⁹⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e, éd., PUF, 2007, v. « Commencement de preuve par écrit ».

⁹⁰⁰ Cass. 1^e civ. 3 juin 1998 : Bull. civ. I, n° 195 ; D. 1999.453, note RAVIGNEAUX ; JCP 1999.II.10062, note PRIEUR ; Defrénois 1999.99, note S.PIEDEILEVRE.

⁹⁰¹ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, Fr. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit civil*, 12^e, éd., Montchrestien, 2000, n° 398, p. 563.

qu'un prêt lui soit consenti, ou reconnaît avoir reçu une somme sans donner d'autre précision. De même, il n'est pas nécessaire de rendre vraisemblables tous les éléments du litige. A titre d'illustration, quand il faut prouver le dépassement d'un devis, il suffit que le commencement de preuve par écrit rende vraisemblable l'existence de ce dépassement dont l'étendue pourra être démontrée postérieurement.

289. Dès lors, il convient de constater que, si le demandeur se prévaut d'un commencement de preuve par écrit, il est tenu de démontrer les trois conditions requises de l'article 1347 du Code civil français réunies devant le juge de fond. L'existence d'un commencement de preuve par écrit permet donc aux parties de prouver par témoignages et présomptions une allégation pour suppléer l'absence de l'écrit au sens de l'article 1341 du Code civil français.

De cette situation, la jurisprudence française laisse le pouvoir souverain d'apprécier l'admissibilité des moyens de preuve au juge de fond sauf contrôle éventuel par la Cour de cassation de la dénaturation de l'écrit⁹⁰². Celui-ci doit se fonder sur des éléments extérieurs à l'acte lui-même, tels que témoignages, indices et présomptions afin de compléter le commencement de preuve par écrit⁹⁰³. Evidemment, il n'a pas à rechercher s'il existe en l'espèce un commencement de preuve par écrit, dès lors que le demandeur ne l'a pas invoqué et n'a pas fait état de témoignages ou de présomptions susceptibles de le compléter.

⁹⁰² Fr. TERRE, *op. cit.*, n° 646.

⁹⁰³ Cass. 1^{er} civ. 10 mai 2000, Bull. civ. I, n° 138.

§ 3. L'impossibilité de produire un écrit

290. Les règles de l'article 1341 du Code civil français reçoivent la troisième et dernière exception « lorsqu'une des parties, [...] n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure »⁹⁰⁴. Dans cette exception, il convient de distinguer l'impossibilité de rédiger un écrit au moment de la conclusion de l'acte juridique (A), de l'impossibilité postérieure de présenter l'écrit initialement établi (B).

A. L'impossibilité de rédiger un écrit

291. En ce qui concerne l'impossibilité de rédiger un écrit, deux catégories se présentent : l'impossibilité matérielle de rédiger un écrit (1) et l'impossibilité morale de rédiger un écrit (2).

1. L'impossibilité matérielle de rédiger un écrit

292. Cette circonstance « se présente comme une application de l'idée qu'à l'impossible nul n'est tenu »⁹⁰⁵. Dans sa rédaction antérieure à 1980, l'ancien article 1348 du Code civil français visait expressément « les dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie ». Malgré le caractère limitativement énoncé par ce texte, la jurisprudence a admis depuis longtemps qu'il s'appliquait à toutes les obligations « contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes écrits »⁹⁰⁶. Après sa réécriture par la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, l'article actuel 1348 lui donne une portée générale en disposant l'impossibilité matérielle de se procurer une preuve littérale. Ce texte souligne tous les éléments imprévus qui, par suite de leur soudaineté, n'ont pas laissé aux parties le temps matériel de rédiger un écrit⁹⁰⁷.

Force est donc de constater que le caractère extraordinaire de tels événements n'est pas quotidien. De ce fait, il n'y a pas beaucoup d'exemples en cette matière. L'on peut cependant en citer quelques-uns tels que ruine, tumulte, naufrage, inondation, bombardement,

⁹⁰⁴ Article 1348 du Code civil français.

⁹⁰⁵ Ph. MALINVAUD, L'impossibilité de la preuve écrite, JCP éd., G. 1972.I.2468, n° 8.

⁹⁰⁶ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1324.

⁹⁰⁷ STARCK, ROLAND et BOYER, Droit civil, Introduction au droit, 5^e, éd., Litec, 2000, n° 1628.

tremblement de terre, etc., dans la mesure où ils constituent des accidents imprévus au sens de l'article 1348 du Code civil français⁹⁰⁸. Ces phénomènes peuvent être considérés comme une force majeure qui « s'accompagne toujours d'une suspension de l'activité juridique là où ils se produisent. On ne contracte pas dans le sauve-qui-peut général, sauf pour la préservation de sa vie ou de ses biens. »⁹⁰⁹ De même, il y a impossibilité d'établir un écrit dans la mesure où un contrat tient à la préservation des biens lors d'accidents tels que les dépôts ayant été mentionnés par l'ancien article 1348 du Code civil français⁹¹⁰.

En réalité, l'impossibilité matérielle qui résulte des obstacles extérieurs aux parties, ignore les considérations psychologiques. Elle se produit rarement et exceptionnellement en pratique. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence laisse aux juges de fond le pouvoir souverain d'apprécier cette circonstance.

2. L'impossibilité morale de rédiger un écrit

293. L'impossibilité morale de rédiger un écrit a été insérée dans le Code civil français depuis la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980. Au plan du droit positif, elle est formellement admise comme exception aux règles de l'article 1341 du Code civil français. A la différence de l'impossibilité matérielle précédemment envisagée, « l'impossibilité morale résulte d'obstacles non plus externes, mais internes aux parties à l'acte. La rédaction d'un écrit, bien que facile à réaliser sur le plan matériel, va à l'encontre de réflexes psychologiques »⁹¹¹. Pourtant, « la notion d'impossibilité morale est difficile à définir avec précision. La Cour de cassation affirme en effet avec une grande constance qu'il s'agit là d'une question de fait, soumise à la souveraine appréciation des juges du fond et, par conséquent, échappant à son contrôle, du moins si les juges du fond justifient leur décision par des motifs suffisants »⁹¹².

L'impossibilité morale de rédiger un écrit découle de diverses relations. D'abord, elle peut émaner des relations proches ou de certains usages établis entre les parties (a). Ce sont des circonstances où l'exigence d'un écrit peut être ressentie comme une preuve de défiance,

⁹⁰⁸ Ch. LARROUMET, Introduction à l'étude du droit privé, T. 1, 5^e, éd., Economica, 2006, n° 578.

⁹⁰⁹ Ph. MALINVAUD, L'impossibilité de la preuve écrite, JCP éd. G, 1972.I.2468, n° 11.

⁹¹⁰ R. RODIERE, La notion de dépôt nécessaire, D.1951, Chron., 123 ; Cass. civ. 1^e, 20 décembre 1966, JCP éd. 1966.II.15556, note P. RAYNAUD.

⁹¹¹ Ph. MALINVAUD, L'impossibilité de la preuve écrite, JCP éd., G 1972, I, 2468, n° 17.

⁹¹² J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1328.

une offense, ou encore une blessure morale, par l'autre partie. Ensuite, elle peut résulter de certains usages (b).

a. L'impossibilité morale résulte des relations proches

294. En premier lieu, l'impossibilité morale résulte des relations établies entre les membres de la famille. Concernant les liens familiaux, les membres dans l'intimité ne s'accommodent pas à établir une preuve préconstituée⁹¹³. « L'inverse serait une marque de défiance incompatible avec la vie de famille »⁹¹⁴. Néanmoins, l'existence de simples relations familiales ne suffit pas en elle-même à justifier celle d'une impossibilité morale de rédiger une preuve écrite. Il faut encore faire état de circonstances précises de l'espèce démontrant une telle impossibilité⁹¹⁵.

La jurisprudence admet souvent l'existence d'une impossibilité morale de se procurer un écrit lorsque les conventions contractuelles sont établies entre parents et enfants⁹¹⁶. Dans un cas d'espèce, des parents avaient remis un chèque à leur garagiste en complément du règlement du prix d'un véhicule vendu à leur fille et à son concubin. Ils estimaient qu'il s'agissait d'un prêt, alors que la fille soutenait que c'était un don. En raison des relations familiales unissant les parties, la Cour d'appel de Besançon a admis l'existence de l'impossibilité morale entre parents et enfant⁹¹⁷. Dans un autre cas d'espèce, la Cour de cassation a décidé qu'un fils ne pouvait pas exiger de sa mère un reçu constatant la remise des sommes qu'il percevait pour elle⁹¹⁸. Ce fils vivait avec sa mère ; leurs biens étaient dans l'indivision, de sorte qu'aucune comptabilité n'était tenue. Autrement dit, la jurisprudence a admis l'existence d'une impossibilité morale de rédiger un écrit. Cette solution s'applique également aux contrats passés entre frère et sœurs⁹¹⁹.

Néanmoins, l'existence des liens familiaux ne suffit pas, en elle-même, à constituer l'impossibilité morale de rédiger un écrit. Les juges de fond doivent, dans certains cas, rechercher si l'existence d'un tel lien constitue ou non cette impossibilité. En effet, l'article

⁹¹³ Ph. MALIVAUD, *op. cit.*, n° 20.

⁹¹⁴ *Ibid.*

⁹¹⁵ 1^e ch. B, 8 novembre 2007, Juris-Data, n° 2007-349.943; D. GUEVEL, *op. cit.*, n° 30.

⁹¹⁶ 1^e ch. A, 15 janvier 2008, Juris-Data, n° 2008-357.775 ; F. FERRAND, Rép. pr. civ. Dalloz, V. Preuve, n° 265.

⁹¹⁷ CA de Besançon, 31 mai 1995, Juris-Data, n° 040651.

⁹¹⁸ Cass. 1^e, 2 février 1920, S. 1920.1.260.

⁹¹⁹ CA Grenoble, 12 avril 1967, D. 1967. 496, note J. CHEVALLIER, RTD civ, 1967. 814.

1348 du Code civil français est écarté lorsque les circonstances ne font apparaître que les rapports entre frères et sœurs ou entre époux, empêchant, de fait, la rédaction d'un écrit⁹²⁰. De même, si le degré des liens familiaux est plus lointain, les juges de fond n'admettent pas l'impossibilité morale de rédiger un écrit⁹²¹. Tel est le cas lorsqu'un seul lien familial entre cousins germains ne suffit pas à créer l'impossibilité morale de se procurer un écrit parce que ce lien ne fait pas obstacle à une telle rédaction⁹²².

295. En deuxième lieu, l'impossibilité morale de rédiger un écrit émane des relations entre époux. Comme les relations familiales, cette situation dépend des juges de fond qui décident s'il existe une impossibilité morale de se ménager un écrit. Ce sont des circonstances particulières d'où découlerait l'impossibilité morale⁹²³. A défaut de ces circonstances, la preuve du contrat entre époux doit être rapportée par écrit selon les règles de l'article 1341 du Code civil français. A titre d'exemple, la Cour d'appel a estimé, dans un arrêt du 3 mai 1967 que : « les fiançailles ne créent pas seulement certains liens affectifs, [...] elles exigent encore que les futurs époux se témoignent une entière confiance ; que cette confiance nécessaire avait mis [le fiancé] dans l'impossibilité morale d'exiger de sa fiancée un écrit ». Pareille solution est adoptée pour la preuve des conventions établies entre concubins. Dans un autre arrêt du 10 octobre 1984, la Cour de cassation a retenu l'avis de la Cour d'appel en confirmant que l'impossibilité morale de se procurer une preuve écrite de l'engagement signé par concubins découlait de la situation de concubinage existant entre les parties⁹²⁴.

Cependant, il ne faut jamais oublier qu'une seule relation d'affection « ne suffit pas à établir l'impossibilité morale, il faut en plus montrer l'intensité de la relation, les relations particulières de confiance l'expliquant »⁹²⁵. Parfois, les juges de fond estiment que la seule existence des relations affectueuses entre concubins n'établit pas l'impossibilité morale⁹²⁶.

⁹²⁰ Cass. soc. 25 décembre 1965, Bull. civ. IV, n° 840.

⁹²¹ 1^e ch. B, 2 nov. 2007, Juris-Data, n° 2007-351.693.

⁹²² CA Pau, 17 septembre 1996 : Juris-Data n° 1996-045738.

⁹²³ CA de Paris, 16 février 1999, note H. LECUYER, Preuve d'un acte juridique entre concubins : une conception élastique de l'impossibilité morale de se procurer un écrit, Droit de la famille, n° 9, septembre 1999, p. 18.

⁹²⁴ Cass. 1^e civ, 10 octobre 1984, Gaz. Pal., 1985.1.186, note J.M.

⁹²⁵ H. LECUYER, Preuve d'un acte juridique entre concubins : une conception élastique de l'impossibilité morale de se procurer un écrit, Droit de la famille, n° 9, septembre 1999, p. 18.

⁹²⁶ Cass. 3^e civ. 29 avril 1979, Bull. civ. III, n° 277.

Comme pour le premier cas, il appartient aux juges de rechercher s'il existe en la cause des circonstances particulières, d'où naîtrait l'impossibilité morale de se procurer un écrit⁹²⁷.

296. En troisième lieu, l'impossibilité morale de rédiger un écrit peut résulter des relations amicales. Evidemment, « la présomption d'affection qui existe entre membres proches d'une même famille ne peut être étendue de façon générale dans le domaine de l'amitié »⁹²⁸, en raison de ces deux domaines qui sont très différents. Or, ces relations d'amitié peuvent être parfois considérées comme étant supérieures aux liens des gènes et du sang⁹²⁹. Ce sont « les liens particuliers et quasi familiaux d'estime et d'affection »⁹³⁰. Pour cette raison, la jurisprudence française admet que l'impossibilité morale de se procurer un écrit résulte des liens d'amitié, à condition qu'il y ait d'autres indices d'un véritable lien d'affection⁹³¹. La solution de la Cour d'appel de Limoges a confirmé de la manière suivante : « il résulte de l'information que les deux parties avaient noué des liens d'amitié très étroits et, en conséquence, se trouvaient établie l'impossibilité morale invoquée par la demanderesse sur le fondement de l'article 1348, alinéa premier du Code civil, de rapporter par écrit la preuve du prêt »⁹³².

297. En quatrième et dernier lieu, il est nécessaire de ne pas oublier de citer l'impossibilité morale de rédiger un écrit qui résulte des relations de confiance, de travail ou de subordination⁹³³. Cette solution s'appuie sur l'argument selon lequel « la qualité respective des parties engendre des relations de confiance particulièrement étroites qui risqueraient de souffrir profondément si l'une d'elles exigeait de l'autre partie la rédaction d'un écrit »⁹³⁴. Tout d'abord, l'impossibilité morale résulte des relations de confiance entre l'instituteur public d'un village et les ascendants de ses élèves, créant ainsi un empêchement de rédiger

⁹²⁷ Cass. 1^e 10 octobre 1984, Gaz. Pal. 1985.1.186, note J.M ; RTD civ. 1985.733 note J. MESTRE ; CA de Paris, 16 février 1999 : Juris-Data n° 022860, note H. LECUYER, Droit de la famille, n° 9, septembre 1999, p. 18.

⁹²⁸ F. FERRAND, Rép.pr. civ. Dalloz, V. Preuve, n° 268.

⁹²⁹ D. GUEVEL, J.-Cl, Art. 1341-1348, Fasc., 60, n° 39.

⁹³⁰ Cass. 3^e civ., 7 janvier 1981 : Bull. civ. 1981, III, n° 7, p. 6.

⁹³¹ Cass. crim., 4 avril 1944 : Gaz. Pal. 1944, I, p. 259, dans une espèce où il y avait également un dol. - Cass. 1^e civ., 29 mai 1961 : Bull. civ. 1961, I, n° 276, p. 218.

⁹³² CA., Limoges, 23 septembre 2003, Gaz. Pal., 10-11 mars 2004, p. 21.

⁹³³ F. FERRAND, *op. cit.*, n° 271.

⁹³⁴ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1347.

une preuve littérale⁹³⁵. Ensuite, les relations de travail qui font obstacle à la rédaction d'un écrit constituent l'impossibilité morale d'un rédiger un⁹³⁶. Enfin, les relations de subordination entre employé et employeur peuvent également constituer une telle impossibilité, selon l'avis de la Cour de cassation française⁹³⁷.

Dans l'ensemble, on note que, quant à cette relation, la jurisprudence interprète la notion de l'impossibilité morale de rédiger un écrit résultant des relations proches de façon extensive. Elle laisse donc aux juges du fond le pouvoir souverain d'apprécier un lien qui entrave la rédaction de l'écrit instrumentaire⁹³⁸.

b. L'impossibilité morale résultant de certains usages

298. Comme on le sait, les règles de l'article 1341 du Code civil français ne sont pas d'ordre public⁹³⁹. Il en découle que l'usage contraire peut en écarter l'application⁹⁴⁰. De ce point de vue, la jurisprudence admet depuis longtemps que l'existence d'un usage peut créer l'impossibilité morale de rédiger un écrit. La solution est analogue à celle des cas d'impossibilité morale résultant des relations proches, en ce sens que son appréciation dépend des pouvoirs souverains des juges de fond.

Cette solution s'applique généralement à la profession libérale sauf à celle d'architecte. A titre d'exemple, la jurisprudence reconnaît l'existence d'un usage dans les rapports entre médecin et patient, rendant impossible moralement à l'un ou à l'autre, suivant les cas, de réclamer une preuve écrite⁹⁴¹. La dignité personnelle du médecin et l'intérêt des malades expliquent pourquoi la jurisprudence reconnaît l'impossibilité morale de rédiger un écrit, dans pareille situation. En effet, le médecin « peut prouver librement le contrat qui l'unit au patient, d'autre part, on doit également autoriser ce dernier à établir, par tous moyens, les engagements relatifs aux honoraires que le médecin aurait pu prendre à son égard, en particulier l'engagement de ne pas lui en demander »⁹⁴².

⁹³⁵ Cass. req. 26 juin 1929, DH 1929.460.

⁹³⁶ Cass. soc. 28 avril 1955, Bull. civ. IV, n° 345, D. 1956, somm. 66.

⁹³⁷ Cass. soc. 7 décembre 1961, Bull. civ. IV, n° 1005.

⁹³⁸ J.-L. MOURALIS, *op. et loc cit.*

⁹³⁹ V. *supra*. n° 226 et s.

⁹⁴⁰ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1349.

⁹⁴¹ Cass. req., 27 mars 1907 : DP 1909, I, p. 188 ; S. 1907, I, p. 209, note Ch. LYON-CAEN. - Mais Comp. : Cass. civ., 31 mai 1932 : DH 1932, p. 378 ; S. 1933, I, p. 134.

⁹⁴² J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1353.

Une telle impossibilité morale de se procurer la preuve littérale résulte d'un usage, et elle est également admise au profit d'un avocat ou de son client en raison des rapports de confiance qui existent entre eux. La même solution s'applique à certains usages en matière de vente de produits agricoles, tels que le fumier, les chevaux, etc., Et, les rapports de travail peuvent notamment établir l'impossibilité morale de se procurer un écrit. Dans un arrêt du 21 février 1921, la Cour d'appel de Paris a admis que l'impossibilité morale de se procurer une preuve littérale était invoquée par un serviteur, eu l'égard aux relations de dépendance dans lesquelles il se trouvait vis-à-vis de son maître⁹⁴³.

En revanche, une telle solution n'est pas admise par l'usage en matière d'architecture. En pratique, la jurisprudence reconnaît que le contrat conclu entre l'architecte et son client est un contrat de louage de service, c'est-à-dire que la preuve de ce contrat doit être soumise aux règles de l'article 1341 du Code⁹⁴⁴. On pourrait « expliquer cette solution en admettant en cette matière l'existence d'un usage, équivalent à celui que l'on reconnaît en faveur des médecins ou des avocats. Cependant, la motivation des arrêts n'y fait aucune allusion et une Cour d'appel a même expressément proclamé le contraire »⁹⁴⁵.

299. En réalité, la jurisprudence laisse aux juges de fond le pouvoir souverain de décider s'il existe l'impossibilité morale de se procurer une preuve littérale. En général, elle soutient l'impossibilité morale de se procurer une preuve littérale et « résulte des usages si l'exigence d'un écrit apparaît comme une atteinte à la confiance réciproque, [...] comme une insulte à la parole donnée. A la sécurité recherchée par le législateur, qu'explique l'exigence d'une preuve littérale, est substituée la liberté de la preuve en cas d'impossibilité morale en vue d'assurer la protection du créancier contre la déloyauté du débiteur qui se ferait une arme de la délicatesse avec laquelle le créancier s'est comporté à son égard »⁹⁴⁶.

En dépit de cela, il est difficile de préciser les conditions dans lesquelles la jurisprudence admet que l'existence d'un usage place l'une des parties dans l'impossibilité morale d'exiger de l'autre la rédaction d'un écrit. Cette incertitude résulte de deux difficultés. En premier lieu, les juges de fond ne donnent pas beaucoup d'explications sur cette question.

⁹⁴³ CA Paris, 21 février 1920, DP. 1921.2.27.

⁹⁴⁴ Civ, 17 décembre 1964, Gaz. Pal, 1965.1.263.

⁹⁴⁵ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1355.

⁹⁴⁶ D. MAZEAUD, L'impossibilité morale de se procurer une preuve écrite peut découler de l'existence d'un usage professionnel contraire, *Defénois*, 15 septembre 1995, n° 17, p. 1043.

De plus, leurs motifs invoqués sont souvent obscurs⁹⁴⁷. En second lieu, l'usage engendre l'impossibilité morale de se procurer la preuve écrite ; on doit en rechercher le fondement dans l'ordre psychologique. Mais en réalité, cet élément n'est pas facile à déterminer⁹⁴⁸. Pour cette raison, la jurisprudence française est quelque peu ambiguë.

B. L'impossibilité de présenter un écrit

300. A la différence des cas de dispense de la preuve littérale qui visent l'hypothèse où les parties n'ont rédigé aucun écrit, dans cette circonstance, le créancier est dispensé de produire une preuve littérale si le titre rédigé a été perdu fortuitement ou s'il en possède une copie fidèle et durable. En effet, l'article 1348 du Code civil français émet deux hypothèses : lorsque l'une des parties « a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure » (A) et lorsque le créancier présente « une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable » (B).

1. La perte de l'écrit fortuitement

301. Afin de bénéficier de la liberté de la preuve pour la perte d'un écrit, le demandeur doit réunir deux conditions : la preuve de la préexistence du titre (a) et la preuve de la perte du titre (b).

a. La preuve de la préexistence du titre

302. La preuve de la préexistence du titre doit rassembler trois éléments : tout d'abord, la preuve préconstituée doit satisfaire aux règles de l'article 1341 du Code civil français ; puis son établissement doit être conforme aux conditions légales et enfin la dernière condition est relative au contenu de l'acte juridique.

Premièrement, le titre doit satisfaire aux règles de l'article 1341 du Code civil français lors de la conclusion de l'acte juridique. Cela signifie qu'il avait régulièrement été établi mais

⁹⁴⁷ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1352.

⁹⁴⁸ Selon MOURALIS, le fondement de l'impossibilité morale se trouve dans des circonstances d'ordre psychologique. « Ce caractère se manifeste clairement quand on observe le processus de formation de ces usages. Dans le premier temps, la circonstance déterminante est, semble-t-il, la noblesse de l'objet du contrat, comme dans les conventions qui portent sur une œuvre de l'esprit, et de façon plus générale, sur le travail de l'homme. Dans le second temps, par un phénomène de cascade, la noblesse de l'objet du contrat entraîne l'honorabilité, donc la susceptibilité des parties en cause, et il s'ensuit la formation d'un usage contraire à la règle de la preuve écrite. Toutefois, des contingences purement matérielles peuvent se juxtaposer par le terme d'impossibilité morale ». J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1352.

qu'il a été perdu. Dans ce cas, la preuve de la préexistence du titre est étroitement liée à celle de sa perte. En ce sens, M. Ph. MALINVAUD écrit : « la preuve de l'existence antérieure d'un titre n'a pas à être rapportée séparément, elle est incluse dans la preuve de la perte de l'écrit. Il est bien évident qu'en prouvant la perte d'un titre, on démontre du même coup qu'il existait auparavant »⁹⁴⁹.

303. Deuxièmement, la preuve antérieure doit régulièrement être établie conformément aux conditions requises par la loi : l'acte authentique doit être établi « par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises »⁹⁵⁰ ; l'acte sous seing privé doit être signé par les parties, etc., On ne saurait donc évoquer l'article 1347 du Code civil français si un commencement de preuve par écrit a été perdu. Il serait aussi impossible de prouver par tous moyens de preuve en raison de la perte de l'écrit instrumentaire lorsqu'il ne répond pas aux exigences de l'article 1326 du Code civil français.

Quant à cette condition, nous constatons qu'elle est raisonnable. « S'il est légitime d'aider celui qui est l'innocente victime de la perte de l'écrit, il ne faut pas que le secours dépasse son but et que le demandeur ait plus d'avantage à perdre l'écrit qu'à le présenter »⁹⁵¹. En effet, l'application de l'article 1348 du Code civil français permettrait de compléter non seulement la perte du titre mais encore son défaut de force probante. Cependant, il importe d'observer que la régularité du titre est seulement présumée par d'autres moyens de preuve car il a disparu par hasard.

304. Enfin, la preuve de l'existence antérieure du titre s'étend avec la preuve du contenu de l'acte. A cet égard, le demandeur doit démontrer non seulement la perte de l'acte régulièrement établi, mais encore l'exact contenu du titre. Il est vrai que la perte de l'écrit ne dispense que de la production de celui-ci, et non pas de la preuve de ce qui y était consigné. De fait, la jurisprudence permet au demandeur de prouver par tous moyens les éléments du contenu de l'acte dont il entend se prévaloir⁹⁵².

⁹⁴⁹ Ph. MALINVAUD, L'impossibilité de la preuve écrite, JCP éd. G. 1972.I.2468, n° 12.

⁹⁵⁰ Article 1317 du Code civil français.

⁹⁵¹ Ph. MALINVAUD, *art. cit.*, n° 38.

⁹⁵² *Ibid.*

Certes, la seule preuve de l'existence antérieure du titre ne suffit pas pour bénéficier de la liberté de la preuve à l'article 1348 du Code civil français ; il faut encore prouver que le titre a été perdu fortuitement.

b. La preuve de la perte du titre

305. Cette seconde condition précise que le demandeur doit démontrer que le titre a été perdu par un cas de force majeure. Le cas fortuit doit être extérieur au fait personnel du demandeur car « la solution inverse serait la porte ouverte à la mauvaise foi »⁹⁵³. Aux termes de cette analyse, le demandeur justifie que la perte du titre a pour cause une circonstance extérieure à sa volonté : il s'agit soit d'un cas de force majeure, soit du fait d'un tiers.

306. La force majeure est envisagée comme tout élément que le demandeur n'a pu ni prévenir, ni surmonter : incendie, inondation, bombardement, invasion, pillage, etc., Bien entendu, la preuve de l'existence de tels événements ne doit pas être faite au moment où le procès a lieu. Sa présence n'est pas non plus nécessaire. Il suffit seulement de démontrer qu'un tel événement a eu lieu dans le passé. En général, ces événements sont de notoriété publique et, par suite, faciles à prouver.

Pour cela, la difficulté de preuve d'un tel événement ne se trouve pas dans son existence mais dans l'appréciation du lien de cause à effet entre cet événement et la disparition du titre. La jurisprudence française confère aux juges de fond le pouvoir souverain d'apprécier ce lien. A chaque fois, la Cour de cassation peut exercer certains contrôles en exigeant d'eux qu'ils caractérisent les faits de force majeure sans se contenter d'en invoquer l'existence.

307. A l'événement de force majeure, il faut assimiler le fait d'un tiers, bien que le Code civil français n'en dispose pas expressément. Il se peut que le fait de l'homme, pour diverses raisons, suscite la disparition ou la destruction d'un écrit instrumentaire. Tel est le cas lorsque l'écrit disparaît alors qu'il se trouve entre les mains d'un dépositaire⁹⁵⁴ ou qu'il a été perdu à l'occasion d'une procédure judiciaire⁹⁵⁵. Dans ce cas, il convient de rechercher pourquoi celui qui l'a égaré ou détruit l'avait en sa détention. Si l'écrit a été frauduleusement soustrait, la preuve de cette soustraction est libre⁹⁵⁶. Au contraire, si le titre a fait l'objet d'une remise volontaire en exécution d'un contrat de mandat ou de dépôt, ce contrat doit donc être

⁹⁵³ Ph. MALINVAUD, *art. cit.*, n° 32.

⁹⁵⁴ CA Riom, 29 mars 1965, Journ. Not. 1966. 454 note R.B.

⁹⁵⁵ Cass. civ., 13 décembre 1853 : D. 1854, I, p. 23.

⁹⁵⁶ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 1375.

prouvé par écrit conformément aux règles de la preuve de l'article 1341 du Code civil français⁹⁵⁷. Cette solution n'est admise que si la perte d'un écrit instrumentaire est le fait d'un tiers. On ne saurait donc admettre que la destruction d'un titre qui serait le fait des enfants du demandeur⁹⁵⁸. Il est également impossible d'admettre que les tiers soit, en réalité, une partie contraire quant au fond du litige⁹⁵⁹.

Lorsque le titre a été perdu dans les conditions prévues par l'article 1348, alinéa 1^{er}, du Code civil français, le demandeur bénéficie de la liberté de la preuve. Ainsi, il peut prouver par tous moyens l'existence et le contenu de l'acte juridique. Bien entendu, ces conditions sont nécessaires car elles ont pour finalité d'éviter que le demandeur se trouve dans une situation plus avantageuse en cas de perte qu'en cas de production de l'écrit.

2. L'existence d'une copie fidèle et durable de l'original détruit

308. Selon l'article 1348, alinéa 2, du Code civil français, les règles de preuve littérale reçoivent aussi une exception « lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputé durable toute reproduction indéniable de l'original qui entraîne une modification irréversible du support ». Il convient dès lors de préciser que cette exception concerne seulement les copies d'actes sous seing privé dont l'original a disparu puisque celles d'actes authentiques dont l'original n'existe plus sont réglées par les articles 1335 et 1336 du même Code⁹⁶⁰.

309. Dans le but de profiter de la force probante de l'original, la ladite copie doit remplir deux conditions⁹⁶¹. Tout d'abord, le titre original ne doit pas avoir été conservé, ensuite, elle doit être « la production non seulement fidèle mais aussi durable » de cet original.

Il est évident que si le texte original n'a pas été conservé, la copie peut être utilement présentée. En revanche, s'il subsiste, « les copies ne font foi que de ce qui est contenu au titre,

⁹⁵⁷ Ph. MALINVAUD, *art. cit.*, n° 34.

⁹⁵⁸ Cass. soc., 18 mars 1971 : Bull. civ. 1971, V, n° 233, 1^{er} esp., p. 195.

⁹⁵⁹ G. GUEVEL, *op. cit.*, n° 23.

⁹⁶⁰ Ch. LARROUMET, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, 6^e, éd., Economica, 2007, n° 580 ; Fr. TERRE, *Introduction générale au droit*, 7^e éd., Dalloz, 2009, n° 657.

⁹⁶¹ J. VIATTE, *La preuve des actes juridiques*, Commentaire de la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, *Gaz. Pal.*, 1980.2.581.

dont la représentation peut toujours être exigée »⁹⁶². Il en découle que « l'utilisation, par une partie, de copies dans le procès, doit être justifiée par une non-conservation de l'original, dont la production pourrait dans le cas contraire être exigée par le juge »⁹⁶³.

Compte tenu du fait que l'absence de conservation de l'original est un pur fait matériel, celle-ci peut être établie par tous moyens. La preuve de cette absence est la plus aisée si le tiers a égaré le titre ou si la perte de l'original est due à un événement fortuit. Néanmoins, il n'est pas nécessaire que la perte de l'original soit due à une cause équivalente à une force majeure. « Le texte reste muet aux causes de la non-conservation de l'original. Il s'ensuit que cette absence de conservation pourrait être due à un geste involontaire de la partie qui entend présenter la copie. Dans le cas d'un acte comportant un double original, une partie ayant détruit volontairement son exemplaire pourrait donc produire une copie de contenu différent pour prouver contre la partie adverse qui, elle, aurait conservé son exemplaire de l'original »⁹⁶⁴. Dans cette circonstance, les juges de fond tiendraient fréquemment compte de l'original.

310. La deuxième condition est que la copie doit être la production non seulement fidèle mais aussi durable de l'original que l'article 1348, alinéa 2, du Code civil français prévoit expressément. Cette condition a pour finalité de protéger la copie qui « est un document non susceptible de falsification, dès l'instant que la production de l'original n'est pas nécessaire »⁹⁶⁵. Le caractère fidèle et durable de la copie signifie donc que cette dernière constitue une « reproduction indéniable de l'original qui entraîne une modification irréversible du support ».

La condition de fidélité est certes nécessaire. Cependant, elle fait l'objet de critiques de la part de la doctrine dominante⁹⁶⁶. D'après celle-ci, toute copie est aléatoire. Rien ne prouve que le document dupliqué est bien l'original : ce dernier peut avoir subi maintes manipulations (montages, mots effacés, texte peut avoir été modifié, etc.)⁹⁶⁷. Autrement dit, on ne peut garantir pleinement la conformité à l'original d'une copie en l'absence de celui-ci.

⁹⁶² Article 1334 du Code civil français.

⁹⁶³ F. FERRAND, *op. cit.*, n° 285.

⁹⁶⁴ D. GUEVEL, *op. cit.*, n° 55.

⁹⁶⁵ Fr. TERRE, Introduction générale au droit, 8^e, éd., Dalloz, 2009, n° 660.

⁹⁶⁶ J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, Traité de droit civil, Introduction générale, 4^e, éd., LGDJ, 1994, n° 670.

⁹⁶⁷ J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 711.

Quant à la condition de durabilité, l'article 1348, alinéa 2, du Code civil français exige également une reproduction durable. Ce texte l'explique en énonçant : « Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support ». Si ces deux conditions sont réunies, la copie a la force probante de l'original. Cette solution s'applique également à la photocopie en cas d'absence de contestation de l'intégrité et de l'imputabilité du contenu de celle-ci à l'auteur désigné⁹⁶⁸.

311. Aux termes de cette étude de règles de preuve littérale, on remarque que le droit civil français retient le principe de la preuve légale. En effet, l'écrit est placé au-dessus d'autres moyens de preuve, notamment des témoignages et des présomptions. Néanmoins, il comporte certaines exceptions qui échappent aux règles de preuve préconstituée de l'article 1341 du Code civil français.

Pour commencer, la preuve des actes juridiques en matière commerciale est libre. Selon l'article L. 110-3 du Code civil français, « à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi. ». Toutefois, cette exception n'est applicable qu'aux contrats entre commerçants, et non pour ceux entre un commerçant et un non-commerçant. Dans ce dernier cas, il existe une distinction quant à la preuve de l'acte juridique : alors que le particulier peut établir une preuve contre le commerçant par tous les moyens, ce dernier, qui peut prouver contre un particulier, est restreint à la règle de la preuve écrite. Ensuite, c'est l'exception posée par l'article 1347 du Code civil français qui reconnaît l'existence d'un commencement de preuve par écrit. En effet, lorsque la preuve ne remplit pas les conditions de l'acte authentique ou de l'acte sous seing privé, elle peut constituer un commencement de preuve par écrit. En présence d'un tel commencement, lequel ne règle qu'une question de recevabilité, la preuve par tous moyens est possible. Enfin, il ne faut pas oublier de citer l'exception prévue par l'article 1348 du même Code qui réserve l'impossibilité de produire une preuve littérale. D'après cet article, nous trouvons deux hypothèses d'impossibilité : d'une part, l'impossibilité de se procurer un écrit et d'autre part, celle de présenter un écrit préconstitué dans le cas où l'écrit établi a été perdu. Si l'ancien article 1348 du Code civil n'admet que l'original d'un acte sous seing privé, la loi du 12 juillet 1980 crée un nouveau cas d'impossibilité en énonçant que la copie peut avoir la force probante de l'original.

⁹⁶⁸ Voir par exemple, CA Paris, 15 février 1990, D. 1990, IR 72 ; Cass. 1^o civ. 28 mars 2000, JCP 2000.II.10368, note L. LEVENEUR ; F. NIZARD, Conditions pour qu'une photocopie soit une copie fidèle et durable au sens de l'article 1348, alinéa 2, du Code civil, JCP éd. N et I, 2002. n^o 12.1207 ; Cass. 1^o civ., 30 mai 2000, JCP N et I, 2002.1207, note N. FREDERIC.

Si l'exigence de la preuve préconstituée est effacée, tous moyens de preuve peuvent être rapportés pour prouver l'existence, ainsi que le contenu d'un acte juridique. Dans cette hypothèse, le juge du fond a le pouvoir souverain d'apprécier la valeur des moyens de preuve rapportés par les parties devant lui. Ceci se rapproche donc du principe de la liberté de la preuve que le droit vietnamien admet en matière civile.

L'exigence des formes probatoires est destinée à atteindre certaines finalités spécifiques : assurer le consentement des parties et l'efficacité d'une opération juridique devant l'institution judiciaire. En conséquence, si la preuve littérale n'est pas respectée, l'acte juridique se voit privé de ses effets juridiques à un degré quelconque. De son côté, il existe d'autres formes requises pour l'efficacité de l'acte juridique dont le défaut entraîne une même conséquence juridique, « l'inefficacité de l'acte juridique à un degré quelconque », appelées « formes de publicité » que l'on va étudier dans le deuxième chapitre.

Chapitre 2. Les formes de publicité

312. La forme de publicité peut se définir comme celle destinée à informer les tiers de l'existence d'un acte juridique et dont l'inobservation est sanctionnée par l'inefficacité de cet acte à un degré quelconque (le plus souvent par l'inopposabilité de l'acte non publié aux tiers).

A cet égard, la forme de publicité se distingue nettement de la forme solennelle et de la forme probatoire. En effet, comme nous l'avons envisagé dans l'étude précédente, la forme solennelle est requise pour l'extériorisation du consentement des parties, et elle constitue une condition de formation du contrat. A la différence de la forme solennelle, la forme de publicité est étrangère à la formation de l'acte juridique ; elle n'est pas une condition de validité, mais seulement « une condition de son efficacité dans la mesure où le défaut d'accomplissement des formalités requises prive l'acte juridique de certains de ses effets »⁹⁶⁹. Ceci dit, elle se rapproche de la forme probatoire en ce sens que le défaut de forme de publicité n'est pas sanctionné par la nullité de l'acte juridique ; ce dernier souffre seulement d'inefficacité juridique⁹⁷⁰. Pourtant, par nature, elle se sépare de la forme probatoire puisqu'elle est une condition d'opposabilité aux tiers, alors que la forme probatoire concerne principalement la preuve de l'acte juridique entre les parties⁹⁷¹.

313. A propos de la forme de publicité, en droit vietnamien, il convient de noter qu'elle présente des caractères opposés à celle du droit français. Ces différences semblent provenir du fait que la publicité du droit vietnamien est envisagée sous une forme solennelle. Même si le législateur soumet un certain nombre d'actes juridiques à la publicité, dont l'objet est de permettre aux tiers désirant connaître l'existence d'un acte juridique et les droits qui en naissent au profit des parties, la sanction du défaut de publicité n'est pas l'inopposabilité aux tiers mais la nullité de l'acte non publié. En effet, lorsqu'une forme s'impose à l'acte juridique, en droit vietnamien, elle constitue invariablement une forme solennelle. L'article

⁹⁶⁹ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 206. Voir aussi, J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993, n° 457.

⁹⁷⁰ S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, éd., LGDJ, 2003, n°21.

⁹⁷¹ G. LEGIER, J. - CL, *Contrats – Distribution*, Fasc. 100, n° 182.

124 du Code civil vietnamien énonce : « quand la loi dispose qu'un acte de la vie civile doit être établi par écrit, authenticité, enregistré au autorisé, le respect de ces formalités est obligatoire ». L'article 134 du même Code précise la sanction de l'inobservation de la forme légale en mentionnant : « lorsque la loi subordonne la validité d'un acte de la vie civile à l'accomplissement d'une condition de forme et que les cocontractants n'observent pas cette condition, [...], l'acte de la vie civile est réputé nul ». Dans ce cas, il faut conclure que la forme d'enregistrement, qui est une forme de publicité, en droit vietnamien, est une condition de formation de l'acte juridique, plus précisément une forme solennelle. En réalité, la distinction entre les formes solennelles et les formes destinées à assurer la publicité de l'acte est inconnue du droit vietnamien. L'ignorance de cette distinction se manifeste dans les travaux des auteurs vietnamiens qui étudient la forme des actes juridiques. Ils envisagent fréquemment les formes solennelles et y incluent les formes de publicité.

En définitive, c'est la publicité en matière immobilière qui illustre la forme solennelle en droit vietnamien. Selon l'article 168, alinéa 1, du Code civil de 2005, « le droit de propriété sur un bien immeuble est transféré à partir du moment où ce droit est enregistré, sauf le cas où la loi en dispose autrement ». En vertu de ce texte, l'opération portant sur le droit immobilier nécessite non seulement un accord de volonté mais également une forme supplémentaire, l'inscription au livre foncier⁹⁷². Pour cette raison on constate que la forme de publicité du droit vietnamien se distingue nettement de celle du droit français car cette dernière est une condition d'opposabilité aux tiers. En droit vietnamien, elle n'est pas une forme de publicité au sens du formalisme atténué dans la conception du droit français, mais une forme solennelle. C'est pourquoi l'on aborde essentiellement les formes de publicité en droit français dans ce second chapitre.

314. Ainsi, il s'avère nécessaire d'examiner la nature de la forme de publicité pour mieux la connaître. Cette étude contient donc deux sections. D'abord, nous déterminerons la notion de la forme de publicité en tant que formalisme de l'acte juridique (Section I). Ensuite, nous étudierons la sanction juridique, en cas d'inobservation de la forme de publicité (Section II).

⁹⁷² Ministère de la justice, Rapport sur le projet portant réforme du Code civil vietnamien, n° 14/TP-PLDSKT du 8 juillet 2004, p. 8.

Section I. La notion de forme de publicité

315. La notion de forme de publicité en droit français sera envisagée en deux paragraphes : les caractères de la forme de publicité (Sous-section 1) et les fonctions de la forme de publicité (Sous-section 2).

§ 1. Les caractères de la forme de publicité

316. Lorsque l'on examine la publicité, on estime qu'elle a pour rôle d'informer les tiers à l'acte juridique⁹⁷³. Cependant, il faut constater que toutes les formalités de publicité prévues par le législateur afin d'organiser l'information des tiers ne peuvent pas être envisagées comme forme de publicité au sens du formalisme atténué. Seules les formalités de publicité dont l'absence entraîne l'inopposabilité aux tiers de l'acte non-publié sont envisagées comme telle. De cette façon, d'autres formalités de publicité dont la sanction de l'acte non-publié n'affecte pas l'acte de son efficacité juridique à un degré quelconque et elles ne peuvent pas être considérées comme une forme de publicité, même si elles sont aussi destinées à informer les tiers de l'acte juridique.

317. Nous allons étudier successivement les caractères de la forme de publicité sous une distinction : la forme de publicité est une condition d'opposabilité de l'acte juridique (A) et d'autres formalités publicitaires ne sont pas envisagées comme forme de publicité au sens du formalisme (B).

A. La forme de publicité est une condition d'opposabilité

318. En droit français, la forme de publicité est une condition d'opposabilité aux tiers de l'acte juridique, c'est-à-dire que si elle est accomplie par les assujettis, l'acte juridique sera opposable aux tiers. A cet égard, elle se manifeste à travers deux aspects. Tout d'abord, la publicité se borne simplement à conditionner l'opposabilité aux tiers définis par la loi sans vraiment établir un ordre de préférence entre les personnes intéressées ; soit parce qu'il

⁹⁷³ C.-Th. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales, Information du public et preuve des actes, éd., LGDJ, 1990, n° 2 ; A.-O. GUTTON, La publicité des faits juridiques, thèse, Université de Clermont, 1976, p. 183 et s.

n'existe pas de conflit de droits résolubles par la seule date de publicité ; soit parce que celle-ci n'a pas vocation de l'arbitrer. Dans ce cas, la publicité peut s'affirmer comme condition d'opposabilité pour les auteurs directs. Ensuite, la publicité plus complexe que la précédente, permet au contraire de régler, dans de multiples hypothèses, les conflits de droits subjectifs portant sur la même chose. Le droit ne tient pas compte de leur date d'acquisition, mais de l'exécution de la publicité, afin d'établir l'ordre de règlement du conflit. C'est pourquoi, la publicité est envisagée comme condition d'opposabilité d'ordre pour les tiers concernés. En droit vietnamien, la forme de publicité (la forme d'enregistrement), nous l'avons précédemment envisagée, est une condition de validité de l'acte juridique, et présentée parmi les formes solennelles énoncées par les articles 124 et 139 du Code civil vietnamien.

1. La publicité est une condition d'opposabilité pour les auteurs directs

319. En droit français, la forme de publicité, qui est une condition d'opposabilité pour les auteurs directs, n'établit pas d'ordre de priorité entre les actes juridiques soumis à publicité⁹⁷⁴. Elle garantit seulement l'opposabilité de l'acte juridique à l'égard des tiers dans la mesure où elle est accomplie par les assujettis. Une série d'exemples peuvent être cités pour cette hypothèse.

320. Tout d'abord, c'est la publicité de la cession du fonds de commerce énoncée par l'article L. 142-12 du Code de commerce français. D'après cet article, « toute vente ou cession de fonds de commerce, consentie même sous conditions ou sous la forme d'un autre contrat, ainsi que toute attribution de fonds de commerce par partage ou licitation, est [...] dans la quinzaine de sa date, publiée à la diligence de l'acquéreur sous forme d'extrait ou d'avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'arrondissement ou le département dans lequel le fonds est exploité et au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales ». La publicité visée par ce texte ne traite pas le conflit entre acquéreurs ou gérants successifs ; elle a pour finalité de libérer le paiement du prix de la vente du fonds de commerce⁹⁷⁵. C'est la raison pour laquelle nous affirmons qu'elle est une condition d'opposabilité simple⁹⁷⁶.

⁹⁷⁴ M. COCHEREL, Les techniques légales d'opposabilité, Essai d'une théorie générale, thèse, Université de Paris 1, 2003, n° 196.

⁹⁷⁵ J. DUCLOS, L'opposabilité, Essai d'une théorie générale, éd., LGDJ, 1984, n°274 ; F. COLLART DUTILLEUL, Conditions de l'opposabilité aux créanciers du vendeur du paiement du prix effectué par l'acquéreur d'un fonds de commerce, RDC, 2005, p. 1073.

⁹⁷⁶ En ce sens, V. J. DUCLOS, *op. cit.*, n° 267 et s.,

Contrairement au droit français, le droit vietnamien n'utilise pas le terme « fonds de commerce », mais « marque commerciale ». De toute évidence, la notion de fonds de commerce inclut la notion de marque commerciale. La cession du fonds de commerce, plus généralement, du droit d'exploitation de la marque commerciale, en droit vietnamien, n'est en effet pas soumise à formalité de publicité. Selon l'article 17 du décret n° 35/2006/ND-CP du 31 mars 2006, l'acquéreur de l'exploitation de la marque commerciale doit « effectuer la mesure d'enregistrement de la marque commerciale à l'Administration compétente » avant d'effectuer des activités commerciales. En son absence, il subit une amende administrative, d'après les règles édictées par l'article 24 du même décret⁹⁷⁷. Au regard de la comparaison, cette séparation se justifie par la finalité de la mesure de publicité. En droit français, la publicité du fonds de commerce est destinée à protéger les créanciers du vendeur du fonds de commerce, alors que la forme d'enregistrement du droit vietnamien a pour finalité de contrôler et de surveiller les activités commerciales, selon l'avis des auteurs vietnamiens.

321. Comme la publicité de la cession du fonds de commerce, la publicité du contrat de location-gérance du fonds de commerce, en droit français, présente une même nature juridique. L'article 2 du décret n° 86-465 du 14 mars 1986 dispose alors qu'elle doit être publiée dans la quinzaine de sa date, sous forme d'extrait ou d'avis, dans un journal habilité à recevoir des annonces légales⁹⁷⁸. Dans ce cas, la publicité n'est certes pas une condition d'opposabilité d'ordre aux tiers puisque son absence reste opposable à leur contrat⁹⁷⁹. En effet, si « deux gérants revendiquent la location du fonds de commerce, seule la date de leur contrat respectif permettrait de trancher ce conflit »⁹⁸⁰. Le défaut d'accomplissement de la publicité du contrat de location du fonds de commerce contraint le loueur d'être solidairement responsable des dettes contractées par le locataire-gérant pour l'exploitation du fonds de commerce⁹⁸¹. Cette solution s'appuie sur la présomption irréfragable selon laquelle l'absence de publicité ne permet pas aux tiers de connaître l'existence du contrat de location-gérance du fonds de commerce, ce qui conduit le législateur à imposer la responsabilité solidaire au

⁹⁷⁷ Article 24 du décret n° 35/2006/ND-CP du 31 mars 2006.

⁹⁷⁸ H. KENFACK, Rép. Com. Dalloz, V° Location-gérance de fonds de commerce, 2010, n° 165 ; M. PEDAMON, Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce, 2^e, éd., D, 2000, n° 313.

⁹⁷⁹ H. KENFACK, Rép. Civ. Dalloz., V. Location-gérance de fonds de commerce, éd., 2010, n° 168.

⁹⁸⁰ J. DUCLOS, *op. cit.*, n° 274.

⁹⁸¹ Cass. com., 7 janvier 1992, Bull. civ. 4, n° 5, Gaz. Pal. 1993. 1^e ; Cass. com., 26 mai 1992, Bull. civ. 4, n° 207, Gaz. Pal. 1999. 2.

loueur. En outre, en cas de procédure collective, le défaut de publicité empêche le propriétaire du fonds de bénéficier de la dispense de revendication prévue à l'article L. 624-10 du Code de commerce français⁹⁸². En droit vietnamien, à notre connaissance, il n'existe aucune formalité requise, pour la location du fonds de commerce.

322. La publicité du contrat de mariage, prévue par les articles 1394 du Code civil français, nous offre le troisième exemple⁹⁸³. L'article 1394, alinéa 2, du Code civil français dispose qu'« au moment de la signature du contrat, le notaire délivre aux parties un certificat sur papier libre et sans frais, énonçant ses noms et lieu de résidence, les noms, prénoms, qualités et demeures des futurs époux, ainsi que la date du contrat. Ce certificat indique qu'il doit être remis à l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage ». Aux termes de ce texte, le contrat de mariage doit être publié lors de la célébration du mariage⁹⁸⁴. A supposer que les tiers veuillent connaître le type du régime matrimonial adopté par les époux, ainsi que les clauses stipulées dans ce contrat, ils devront s'adresser à ces derniers en leur demandant de fournir ces renseignements ou de leur adresser une expédition du contrat⁹⁸⁵. Au contraire, si les époux ont faussement déclaré à l'égard de l'officier de l'état civil qu'ils se sont mariés sans contrat, le contrat de mariage qu'ils ont conclu n'est pas nul mais frappé d'inopposabilité ; les époux, à l'égard des tiers, sont alors réputés mariés sous le régime légal de la communauté réduite aux acquêts⁹⁸⁶. C'est pourquoi la publicité du contrat de mariage est une condition d'opposabilité simple pour les auteurs directs. En droit vietnamien, sous l'influence des pensées confucianiste, bouddhiste et taoïste, il n'existe pas d'expression pour « contrat de mariage ». En réalité, le régime matrimonial des futurs époux est la communauté universelle ou légale.

323. Le quatrième exemple concerne la publicité requise pour les navires, les bâtiments de navigation intérieure et les aéronefs, en droit français. Elle constitue une condition d'opposabilité simple pour les auteurs directs dans la mesure où elle permet aux assujettis d'opposer aux créanciers chirographaires les opérations publiées, tel le transfert de

⁹⁸² Cass. com. 15 mars 2005, Bull. civ. IV, n° 60, D. 2005, AJ 890, obs. A. LIENHARD.

⁹⁸³ J. DOCLOS, L'opposabilité, éd., LGDJ, 1983, n° 275.

⁹⁸⁴ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, 5^e, éd., D, 2008, n° 206.

⁹⁸⁵ J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, 2^e, éd., Armand Colin, 2001, n° 181.

⁹⁸⁶ A. COLOMER, Droit civil, Régimes matrimoniaux, 12^e, éd., Litec, 2004, n° 314.

propriété de l'un de ces biens meubles immatriculés⁹⁸⁷. Les créanciers chirographaires, qui ne sont investis que d'un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur, ne sont pas titulaires d'un droit concurrent soumis à la même formalité. La publicité joue donc, dans cette hypothèse, le rôle d'un critère d'opposabilité simple pour les auteurs directs. Son but n'est pas d'établir un ordre de préférence entre les personnes intéressées. Dans ce cas, la solution du droit vietnamien est différente de celle du droit français. L'article 3 du décret n° 83/2010/ND-CP du 23 juillet 2010, prévoit que l'hypothèque des navires, bâtiments de navigation intérieure et aéronefs doit être inscrite au bureau d'enregistrement. Elle ne prend des effets juridiques que si cette formalité est remplie⁹⁸⁸. Cela nous indique donc que la formalité est une condition de validité de l'acte juridique en droit vietnamien.

324. Le dernier exemple est la publicité en matière de droit de propriété intellectuelle qui constitue une condition d'opposabilité simple dans la mesure où elle permet d'établir l'ayant droit autorisé à exercer une action en contrefaçon contre un tiers⁹⁸⁹. De fait, la jurisprudence juge que l'action en contrefaçon n'est recevable qu'à la condition que le registre national du contrat de cession ou de licence du cédant ait été fait⁹⁹⁰. Elle retient également une telle solution en matière de droits de marque⁹⁹¹ et d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles⁹⁹². Dans tous les cas, la publicité ne tranche pas le conflit des droits concurrents entre le titulaire de l'action en contrefaçon, qu'il s'agisse d'un cessionnaire ou d'un licencié, et le tiers contrefacteur n'étant, par définition, investi d'aucun droit sur le brevet, la marque ou l'œuvre à l'origine du litige. Cette justification nous permet de conclure que cette publicité doit être regardée comme une condition d'opposabilité simple.

⁹⁸⁷ Dans un arrêt du 9 novembre 1971, la Cour d'appel de Bordeaux a jugé qu'à défaut de publicité, les créanciers d'une indemnité d'accident étaient fondés, au même titre que les acquéreurs et les créanciers titulaires de sûretés, à invoquer l'inopposabilité du transfert de propriété du navire ou bateau, Cour d'appel de Bordeaux, 9 novembre 1971, DMF, 1972, p. 94.

⁹⁸⁸ Article 7 du décret n° 83/2010/ND-CP du 23 juillet 2010.

⁹⁸⁹ La publicité peut également assurer la mise en œuvre de l'opposabilité à l'égard des créanciers chirographaires. V. en ce sens, en matière d'œuvre cinématographique : Com., 3 mai 1961, Bull. civ., IV, n° 190, p. 167 ; Com., 16 novembre 1971, Bull. civ., IV, n° 277, p. 260.

⁹⁹⁰ V. notamment : Civ. 1^e, 29 avril 1960, Bull. civ., I, n° 217, p. 177 ; Civ., 18 mars 1980, Bull. civ., I, n° 90, p. 75 ; Civ. 1^e, 16 juillet 1986, D. 1987, som. Com., p. 366, obs. Th. HASSLER ; Paris, 22 février 1991, D. 1992, som. Com., p. 75, obs. Th. HASSLER.

⁹⁹¹ CA de Paris, 12 décembre 1997, D. RJDA, 1998, n° 435, p. 316 ; Com., 17 mai 1988, Bull. civ., IV, n° 168, p. 117.

⁹⁹² CA de Paris, 22 février, 1991, D. 1992, som. Com., p. 75, obs. Th. HASSLER.

325. Il suffit de quelques exemples pour justifier que la forme de publicité est une condition d'opposabilité simple pour les auteurs directs. Néanmoins, elle n'est pas toujours la seule condition d'opposabilité qu'utilise le législateur pour informer les tiers de l'acte juridique. Il existe d'autres mesures de publicité ayant une même finalité, mais constituant une condition d'opposabilité d'ordre.

2. La publicité est une condition d'opposabilité d'ordre

326. A la différence de la publicité, condition d'opposabilité simple, la publicité en tant que condition d'opposabilité d'ordre vise à trancher le conflit de droits subjectifs portant sur la même chose en déterminant un ordre de priorité selon la date d'exécution des formalités de publicité, et non d'après la date d'acquisition des droits en concurrence. Certains exemples peuvent être évoqués pour cette hypothèse.

327. En droit français, l'exemple caractéristique pour la publicité est une condition d'opposabilité, relatif aux actes juridiques en matière immobilière. L'article 28, 1^o, du décret du 4 janvier 1955 énumère des actes soumis à publicité : « sont obligatoirement publiés au bureau des hypothèques de la situation des immeubles : 1^o Tous actes, même assortis d'une condition suspensive, et toutes décisions judiciaires, portant ou constatant entre vifs : a) Mutations ou constitution de droits réels immobiliers autres que les privilèges et hypothèques, qui sont conservés suivant les modalités prévues au Code civil ; b) Bail pour une durée de plus de douze années, et même pour un bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus... ». Il résulte de cette disposition que lorsque ces actes ne sont pas publiés, ils sont inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents⁹⁹³.

Dans le but de mieux comprendre la publicité d'ordre, il convient de citer la publicité du contrat de vente d'immeuble. Comme on le sait, la vente d'immeuble est un contrat consensuel ; en d'autres termes, elle est parfaitement formée par le seul échange des consentements des parties sur le prix et l'objet⁹⁹⁴. L'acheteur devient propriétaire de l'immeuble dès le moment de la conclusion du contrat de vente. Mais pour rendre cet effet translatif de propriété opposable aux tiers, il est nécessaire que soient effectuées les formalités de publicité foncière. Tant que celles-ci n'ont pas été réalisées, le vendeur est, au regard des

⁹⁹³ Cass. Civ, 1^{er}. 14 janvier 2009, Defrénois, 15 mai 2009, p. 926, note S. PIEDELIEVRE.

⁹⁹⁴ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, 5^e, éd., Dalloz, 2009, n^o 852 et s..

tiers, toujours propriétaire. Par conséquent, s'il vend le même immeuble à un second acquéreur, celui-ci l'emportera s'il publie son titre d'acquisition le premier⁹⁹⁵. Dans ce cas, on constate que les formalités de publicité, lorsqu'elles sont accomplies, ont pour finalité de trancher le conflit de la propriété sur un même immeuble⁹⁹⁶. Autrement dit, la publicité est une condition d'opposabilité d'ordre.

Contrairement à la publicité foncière en droit français, celle en droit vietnamien est une forme solennelle. Ainsi, tout acte juridique transférant la propriété d'un immeuble, grevant un immeuble d'un droit réel ou encore éteignant ce droit, ne produit aucun effet juridique s'il ne figure pas sur le livre foncier. L'inscription est donc un élément constitutif, une condition obligatoire de chaque modification des droits réels. Ainsi en est-il, par exemple, du contrat de vente d'immeuble qui est soumis à la formalité d'un enregistrement foncier. L'acquéreur ne peut disposer de son droit qu'à la condition d'être inscrit au livre foncier comme propriétaire.

328. Parallèlement à la publicité des actes juridiques en matière immobilière, la publicité de certains actes juridiques en matière mobilière, en droit français constitue aussi une condition d'opposabilité d'ordre. Tel est le cas, par exemple, de la publicité des hypothèques des navires, bâtiments de navigation intérieure et aéronefs dont l'accomplissement permet de régler les conflits de droit concurrents entre acquéreurs successifs d'un même auteur ou entre créanciers hypothécaires⁹⁹⁷. Dans le conflit entre acquéreurs successifs d'un même auteur, la publicité conduit à écarter la règle de droit commun de l'article 1141 du Code civil qui donne la préférence au possesseur réel. Ce qui a été publié en premier doit, en principe, être préféré. De même, dans le conflit entre créanciers hypothécaires, la publicité permet d'établir un ordre : le rang entre les hypothèques doit généralement être déterminé par leur ordre chronologique d'inscription⁹⁹⁸.

En vérité, la publicité en matière mobilière se rapproche de la publicité en matière foncière car elle s'inspire « fortement de l'organisation de la publicité hypothécaire foncière dont les modalités de renouvellement, péremption et radications sont en principe

⁹⁹⁵ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10^e, éd., D, n° 163 ; J. DUCLOS, *op. cit.*, n° 301.

⁹⁹⁶ S. LAMIAUX, *Conflit entre acquéreurs successifs d'un même immeuble, Retour au purisme de la publicité foncière*, JCP éd., N et I, n° 13, 2 avril 2010, 1146.

⁹⁹⁷ J. DUCLOS, *op. cit.*, n° 323.

⁹⁹⁸ Toutefois, en cas de publicités accomplies le même jour le rang entre les hypothèques doit être déterminé par la date de l'acte constitutif de ces sûretés. V. sur ce point, J. DUCLOS, *op. cit.*, n° 324.

applicables »⁹⁹⁹. Néanmoins, soulignons qu'il existe une différence notable entre elles. « L'immatriculation des contrats portant sur le navire et l'aéronef ne constitue pas seulement une mesure de publicité destinée à régler les conflits entre ayants cause particuliers d'un même auteur, sur la base du respect de la date de la publicité. Elle est encore attributive de droit : elle vaut titre de propriété ; alors que la publicité foncière est une simple condition de forme sans incidence au fond »¹⁰⁰⁰. En effet, les transactions sur aéronefs bénéficient d'une haute sécurité. Cela se justifie par les actes juridiques qui portent sur le navire et l'aéronef qui intéressent le crédit public¹⁰⁰¹. En conséquence, il convient d'établir un statut juridique particulier en vue de garantir la transaction de ces biens.

329. Dès lors, concluons que la publicité est une condition d'opposabilité d'ordre en droit français, permettant uniquement aux assujettis de mettre en œuvre l'opposabilité aux tiers en établissant un ordre de priorité. Elle doit donc être distinguée des autres mesures publicitaires qui ne sont pas envisagées comme les formes de publicité au sens du formalisme des actes juridiques.

B. Les publicités qui ne sont pas envisagées en tant que forme de publicité

330. A la différence de la forme de publicité que l'on vient d'envisager, d'autres mesures de publicité, en droit français, sont destinées à informer les tiers de l'existence de l'acte juridique ; cependant, elles ne peuvent être considérées comme des formes de publicité. Elles comprennent deux catégories : les publicités obligatoires dont le défaut n'affecte pas l'efficacité de l'acte juridique (I) et les publicités purement facultatives (II).

1. Les publicités obligatoires dont le défaut n'affecte pas l'efficacité de l'acte juridique

331. Il existe des publicités obligatoires dont la sanction du défaut d'accomplissement n'est pas l'inopposabilité aux tiers. Les textes légaux, pour diverses

⁹⁹⁹ J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, éd., LGDJ, 1996, n° 1032.

¹⁰⁰⁰ J. DUCLOS, *op. cit.*, n° 323.

¹⁰⁰¹ M.-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p. 249.

raisons, édictent la sanction de l'inobservation des formalités de publicité¹⁰⁰². Parfois, « l'opposabilité s'impose d'elle-même, indépendamment de toute formalité. La sanction de l'inopposabilité est également écartée par les textes en vue d'en éluder les effets jugés excessifs »¹⁰⁰³. Ainsi, l'acte soumis à publicité concerne un droit qui aura lui-même déjà été publié, de sorte qu'il est connu des tiers auxquels il a été déjà rendu opposable. Parfois encore, la sanction de l'inopposabilité est jugée comme étant une sanction très grave pour le défaut de publicité¹⁰⁰⁴. Certes, elle s'avère inadéquate à l'égard des demandes en justice soumises à la forme de publicité. A vrai dire, le défaut de publicité obligatoire ne prive donc pas l'acte de son efficacité juridique. C'est la raison pour laquelle on dit qu'elles ne sont pas qualifiées de forme de publicité participant du formalisme des actes juridiques.

D'ailleurs, cette catégorie de publicités comprend un vaste domaine d'application. Elle est généralement constituée de trois secteurs principaux : la publicité des transactions et des mutations de droits immobiliers à cause de mort, la publicité des actes et décisions relatifs à un droit déjà publié, et la publicité incombant à l'Administration.

332. Penchons-nous sur la publicité des mutations et constitutions de droits réels immobiliers à cause de mort. A cet égard, l'article 28, 3° du décret du 4 janvier 1955 reconnaît la publicité des attestations notariées établies « en vue de constater la transmission ou la constitution par décès de droits réels immobiliers ». Ainsi en est-il, par exemple, de l'institution contractuelle faite en matière de donation qui, conformément aux articles 1082 et 1091 du Code civil français, est soumise à publicité, dès lors que le disposant est décédé ou même si elle porte à la fois sur des biens présents et à venir, comme il est prévu dans l'article 1084 du même Code, dès la constatation de la libération malgré la condition suspensive dont elle est affectée.

De toute évidence, la publicité des mutations et des constitutions de droits réels est d'autant plus importante que son absence suscite une incertitude planant sur la propriété immobilière¹⁰⁰⁵. En effet, les registres tenus à la conservation des hypothèques ne peuvent pas avertir les tiers d'une mutation à cause d'un décès si la publicité n'est pas accomplie. C'est

¹⁰⁰² S. PIEDELIEVRE, *Traité de droit civil, La publicité foncière*, sous la direction de J. GHESTIN, éd., LGDJ, 2000, n° 211 et s.

¹⁰⁰³ A. FOURNIER, *Rép. Civ. Dalloz, V., Publicité foncière*, 2010, n° 100.

¹⁰⁰⁴ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 5^e éd., D., 2009, n° 893.

¹⁰⁰⁵ S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 212.

pourquoi il est important de réaliser la publicité en vue de permettre aux tiers de connaître l'intégrité de l'historique d'un immeuble : ils doivent pouvoir connaître chacun des propriétaires successifs¹⁰⁰⁶. Bien entendu, cette publicité n'établit pas un moyen de résoudre des conflits de droits entre des ayants-cause d'un même auteur. C'est uniquement un moyen pour informer les tiers.

333. Pour des raisons identiques nécessitant l'information des tiers, les actes et décisions déclaratives à un droit déjà publié sont soumis à publicité. Tels sont les actes et les jugements déclaratifs prévus par l'article 28, 4^o, e du décret du 4 janvier 1955. Plus précisément, l'article 883 du Code civil français dispose que « chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession ». Au-delà de la lettre du texte, qui n'évoque que le partage successoral, le principe de l'effet déclaratif vaut pour tout partage d'une indivision, quelle qu'en soit l'origine ; cette fiction légale ne peut occulter le fait que c'est le partage qui fixe les droits individuels de chaque copartageant sur les immeubles jusqu'alors indivis. Cette clarification, plus que la dévolution elle-même, doit être portée à la connaissance des tiers, sans être cependant sanctionnée par l'inopposabilité. Une même solution s'applique aux jugements déclaratifs en matière de droit immobilier. Ce sont ceux qui se contentent de déclarer la préexistence d'un droit au profit d'un demandeur¹⁰⁰⁷. Il en est ainsi du jugement qui prononce l'adjudication d'un bien indivis au profit d'un indivisaire, car c'est un cas de licitation valant partage. Ces jugements sont obligatoirement soumis à publicité en vue de permettre aux tiers de connaître la réalité d'une situation juridique.

Quant aux décisions et actes consolidant un droit déjà publié, ils font l'objet d'une publicité. De toute évidence, s'ils sont publiés à la conservation des hypothèques, les tiers sont avertis de la disparition du risque d'anéantissement du droit. D'après le décret du 4 janvier 1955, ce sont : les actes confirmatifs d'actes entachés de cause de nullité relative ou de rescision¹⁰⁰⁸ ; les actes constatant l'accomplissement d'une condition suspensive¹⁰⁰⁹ ; les

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁰⁷ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, les Sûretés, La publicité foncière, 5^e, éd., Dalloz, 2009, n° 887.

¹⁰⁰⁸ Article 28, 4, a, du décret du 4 janvier 1955.

¹⁰⁰⁹ Article 28, 4, b, du décret du 4 janvier 1955.

conventions de maintien de l'indivision immobilière¹⁰¹⁰ ; les actes interruptifs d'une prescription acquisitive ou portant renonciation à la prescription acquise¹⁰¹¹ ; les demandes en justice tendant à obtenir, et les actes et décisions constatant, la résolution, la révocation, l'annulation ou la rescision d'une convention ou d'une disposition à cause de mort¹⁰¹² ; les décisions rejetant les demandes visées à l'alinéa précédent et les désistements d'actions et d'instance¹⁰¹³.

334. Les publicités obligatoires qui s'étendent notamment à l'Administration se classent en deux grandes catégories énumérées par les articles 35 et 36 du décret du 4 janvier 1955.

L'article 35 impose à l'Administration l'accomplissement de la forme de publicité pour les ordonnances, les cessions amiables en matière d'exploitation pour cause d'utilité publique, les procès verbaux de réorganisation foncière ou de remembrement, les actes d'échange d'immeubles ruraux, les certificats de non-opposition et les ordonnances d'homologation, les arrêtés pris en vue du remembrement préalable à la reconstruction, ainsi que les projets de remembrement amiable approuvés.

L'article 36 du même décret instaure également la publicité obligatoire, pour l'information des usagers, étendue aux procès verbaux établis par le service du cadastre afin de constater les changements intervenus dans la désignation cadastrale des immeubles inscrits au fichier immobilier des conservations.

335. En somme, toutes ces mesures de publicité ne peuvent être qualifiées de forme de publicité car la sanction n'affecte pas l'efficacité de l'acte juridique à un degré quelconque. D'autre part, il y a encore des mesures de publicité qui ne sont pas, non plus envisagées comme des formes de publicité telles que les publicités facultatives.

2. Les publicités facultatives

336. La publicité est dite facultative lorsque le législateur « laisse toute latitude aux intéressés pour décider s'ils effectueront ou non la mesure de publicité »¹⁰¹⁴. A la différence de la publicité obligatoire, elle n'est assortie d'aucune sanction juridique en cas de son

¹⁰¹⁰ Article 28, 6° du décret du 4 janvier 1955.

¹⁰¹¹ Article 28, 8 du décret du 4 janvier 1955.

¹⁰¹² Article 28, 4, c, du décret du 4 janvier 1955.

¹⁰¹³ Article 28, 4, d, du décret du 4 janvier 1955.

¹⁰¹⁴ S. PIEDDELIEVRE, *op. cit.*, n° 254.

inobservation¹⁰¹⁵. Ce type de publicité peut reposer sur le fait qu'elle ne doit pas être pour rendre le droit publié opposable aux tiers¹⁰¹⁶. « Elle permet seulement de constituer les tiers de mauvaise foi »¹⁰¹⁷. Tels sont les cas de la publicité des promesses unilatérales de vente et de bail de plus de douze ans, de la publicité des conventions relatives à l'exercice de servitude légale et de la publicité des demandes en réitération ou réalisation sous la forme authentique d'actes sous seing privé, de la publicité des procès verbaux notariés constatant le refus de procéder à cette réitération ou réalisation¹⁰¹⁸.

337. La publicité des promesses unilatérales de vente ou de bail de plus douze ans réglementée par l'article 37-1 du décret du 4 janvier 1955 est facultative. Aux termes de cet article, ces dernières « peuvent être publiées au bureau des hypothèques de la situation des immeubles qu'elles concernent, pour l'information des usagers ». Sur le plan du droit positif, on s'aperçoit que l'article utilise la formule « peuvent être publiées » qui démontre nettement le caractère facultatif de la publicité des promesses unilatérales de vente ou de bail de plus douze ans. Sur le plan de la jurisprudence, la Cour de cassation française refuse, compte tenu de ces textes, de considérer que la publicité d'une promesse unilatérale de vente¹⁰¹⁹ ou d'une promesse de bail de plus de douze ans, la rend opposable aux tiers. C'est pourquoi la publicité de ces actes est facultative.

Pour expliquer cette solution, nous devons scruter la nature juridique des promesses unilatérales de vente et des promesses unilatérales de bail de plus de douze ans. En effet, elles ne créent pas un droit réel¹⁰²⁰ ; elles font seulement naître une option au profit de leur bénéficiaire¹⁰²¹. Le titulaire d'une promesse de vente n'est pas titulaire d'un droit réel sur l'immeuble promis¹⁰²². Il bénéficie d'un droit personnel que l'on analyse le plus souvent

¹⁰¹⁵ H.-L. MAZEAUD, J. MAEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, 7^e, éd., Montchrestien par Y. PICOD, 1999, n° 659.

¹⁰¹⁶ A. FOURNIER, *Rép. Civ. Dalloz*, V. Publicité foncière, n° 152.

¹⁰¹⁷ S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 393 et s.

¹⁰¹⁸ Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, 2^e, éd., PUF, 1998, n° 392.

¹⁰¹⁹ Cass. 3^e civ. 22 février 1977, *Bull. civ. III*, n° 91 ; D. 1978.165 note MALAURIE ; Defrénois 1977. 1262, obs. AUBERT ; JCP, éd., G. 1979.II. 19223, note DAGOT.

¹⁰²⁰ Ph. SIMER, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 900.

¹⁰²¹ V. A. KORNMANN, Y. DAUTRIE De VERNON, *Promesse unilatérale de vente, Publicité foncière et protection du bénéficiaire*, *Gaz., Pal.*, 10-11 février, 1989 ; B. GROS et Ph. BIHR, *Contrats, Ventes civiles et commerciales, Baux d'habitation, Baux commerciaux*, 2^e, éd., PUF, 2000, n° 89.

¹⁰²² A. FOURNIER, *op. cit.*, n° 152.

comme un droit protestatif dont l'objet consiste dans le pouvoir de conclure la vente définitive par sa seule manifestation de volonté. Ainsi, la vente se formera au jour de la levée de l'option et le transfert de propriété s'opèrera à cette date. Quant aux promesses de bail de plus de douze ans, le bénéficiaire est également titulaire d'un droit personnel dont le but est de préparer la conclusion du bail. Comme elles n'opèrent ni mutation ni constitution de droit, le décret du 4 janvier 1955 n'a pas jugé nécessaire de rendre la publicité obligatoire. Autrement dit, la publicité de telles promesses est facultative.

338. La publicité des pactes de préférence en droit français est, elle aussi facultative. Cette solution provient de la jurisprudence française en raison de l'absence de disposition figurant dans le Code civil¹⁰²³. Dans un arrêt du 16 mars 1994, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a jugé qu'un « pacte de préférence, qui s'analyse en une promesse unilatérale conditionnelle, ne constitue pas une restriction au droit de disposer » et qu'en conséquence, il n'est pas soumis à publicité. A partir de cette décision, force est de constater que le pacte de préférence ne constitue pas une restriction au droit de disposer, au sens que lui donne le droit de la publicité foncière, même s'il est certain que, comme en matière de promesses unilatérales de vente, il aliène une partie importante de ses prérogatives¹⁰²⁴. Ainsi, il est nécessaire de soutenir que la promesse unilatérale de vente immobilière et le pacte de préférence doivent être traités de manière identique par le droit de la publicité foncière. Il en résulte que la publicité du pacte de préférence est facultative.

339. La publicité des conventions relatives à l'exercice des servitudes légales est encore une publicité facultative. En effet, l'article 37-1, 2° du décret du 4 janvier 1955 dispose qu'elles peuvent être publiées au bureau des hypothèses de la situation des immeubles. Cependant, cette publicité se rencontre assez rarement en pratique puisqu'elle existe de plein droit par le seul effet de la loi¹⁰²⁵.

340. Ces exemples nous indiquent donc qu'il existe une publicité facultative en droit français. Celle-ci se distingue nettement de la forme de publicité, compte tenu des conséquences juridiques qui sont bien différentes en cas de défaut de publicité. En effet, l'inobservation de la forme de publicité est sanctionnée par l'inopposabilité de l'acte non

¹⁰²³ M.-H. MONSERIE, La publicité du pacte de préférence, LPA, 1 mai 1995, n° 5, p. 6.

¹⁰²⁴ A. FOURNIER, Le pacte de préférence est une promesse unilatérale conditionnelle et ne constitue pas une restriction au droit de disposer devant être publiée au bureau des hypothèques, D. 1994, p. 486.

¹⁰²⁵ S. PIEDELIEVRE, La publicité foncière, sous la direction de J. GHESTIN, éd., LGDJ, 2000, n° 404.

publié aux tiers, alors que l'absence de la publicité facultative n'affecte en rien l'efficacité de l'acte juridique.

§ 2. Les fonctions de la forme de publicité

341. L'on vient d'indiquer que la forme de publicité est une condition d'opposabilité. Afin d'expliquer pourquoi le législateur soumet certains actes juridiques à une telle forme, il est nécessaire de déceler les fonctions de la forme de publicité.

En droit français, elles consistent en deux points essentiels : les fonctions d'informer le tiers de l'acte juridique (A) et les fonctions de protéger les tiers (B)¹⁰²⁶. En droit vietnamien, bien que la conception de forme de publicité soit distincte de celle du droit français, les fonctions peuvent atteindre également les finalités de la forme de publicité du droit français.

A. Le formalisme publicitaire dans son rôle d'information

342. Dans le but d'expliquer les fonctions de la forme de publicité, il convient de s'appuyer sur les procédés qu'elle doit utiliser. Ceux-ci permettent aux tiers de connaître effectivement l'existence d'un acte juridique dans la mesure où ils sont accomplis par les assujettis¹⁰²⁷.

Les fonctions d'information de la forme de publicité apparaissent sous deux procédés : la publicité par voie de registre public (2) et la publicité par voie de presse (1).

1. La publicité par voie de presse

343. A supposer que la publicité par voie de presse soit faite par les assujettis, elle n'implique pas d'aller chercher l'information dans un lieu déterminé¹⁰²⁸. Dans cette hypothèse, la publicité présente l'avantage de fournir les renseignements de l'acte juridique

¹⁰²⁶ R. TENDER, La publicité foncière française face à l'harmonisation européenne, JCP éd., G.1991.II.3544, p. 397 ; A. FOURNIER, Insuffisances et incertitudes en droit de la publicité foncière, in mélanges en l'honneur du professeur G. GOUBEAUX, éd., LGDJ, 2009, n° 1, p. 155 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, N. JOLY, L'opposabilité des contrats à l'égard des tiers et assimilés, in Les effets du contrat à l'égard des tiers, Comparaisons franco-belges, *op. cit.*, n° 9, p. 226.

¹⁰²⁷ A. FOURNIER, Insuffisances et incertitudes en droit de la publicité foncière, in Mélanges en l'honneur du professeur G. GOUBEAUX, éd., LGDJ, 2009, n° 1, p. 155.

¹⁰²⁸ E. FORTIS, A. REYGROBELLET, L'absence d'un système cohérent de publicité légale, in Publicités légales et informations dans les affaires, sous la direction de A. SAYAG, éd., Litec, 1992, n° 91 et s., ; C.-Th. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales, Information du public et preuve des actes, éd., LGDJ, 1990, n° 105-106.

aux tiers en leur envoyant directement l'information sur l'élément publié¹⁰²⁹. Cela nous permet d'estimer que les tiers sont informés de l'existence de l'acte juridique, c'est-à-dire que la forme de publicité est destinée à informer les tiers de l'acte juridique. Plusieurs exemples en droit français peuvent être évoqués pour cette hypothèse.

344. Le premier est la publicité de la cession de parts de société en nom collectif et de société à responsabilité limitée. L'article 221-14 du Code de commerce français soumet la cession des parts de société en nom collectif à publicité au registre du commerce et des sociétés. Il dispose qu'« elle n'est opposable aux tiers qu'après accomplissement de ces formalités et, en outre, après publicité au registre du commerce et des sociétés ». Effectivement, l'accomplissement de ces formalités permet aux tiers de connaître un nouvel associé dans la société en nom collectif. De même, l'article L. 223-17 du Code de commerce français énonce que la cession de parts de société à responsabilité limitée doit procéder aux formalités de publicité énoncées par l'article L. 221-14 du même Code. Ainsi, on peut conclure que les formalités de publicité, lorsqu'elles sont accomplies, ont pour finalité d'informer les tiers d'un nouvel associé dans la société à responsabilité limitée et la société en nom collectif.

345. Le deuxième exemple en ce qui concerne la publicité par voie de presse de la cession et de la location-gérance du fonds de commerce a pour objet d'informer les tiers¹⁰³⁰. Selon l'article L. 141-12 du Code de commerce français, « toute vente ou cession de fonds de commerce, consentie même sous conditions ou sous la forme d'un autre contrat, ainsi que toute attribution de fonds de commerce par partage ou licitation, est [...] dans la quinzaine de sa date, publiée à la diligence de l'acquéreur sous forme d'extrait ou d'avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'arrondissement ou le département dans lequel le fonds est exploité et au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales ». Il résulte de ce texte que deux formalités doivent être remplies dans la cession du fonds de commerce.

Au plan local, tout d'abord, l'acquéreur doit procéder, dans les quinze jours suivant l'acte de vente, à une insertion « sous la forme d'extrait ou d'avis, dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'arrondissement ou le département dans lequel le fonds est exploité ». L'extrait ou avis doit contenir toutes les indications de nature à individualiser le

¹⁰²⁹ C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 17 ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, T. 1, 11^e, éd., Economica, 2001, n° 930.

¹⁰³⁰ PHAN Thanh, *Le fonds de commerce et le fond artisanal*, in 105^e Congrès notaires de France, *Propriétés incorporelles*, à Lille 17-20 2009, n° 1532 et s.

fonds et à faire connaître la cession à laquelle il a donné lieu : la date de l'acte de vente et celle de l'enregistrement, les nom, prénom et domicile du vendeur et de l'acquéreur, la nature et le siège du fonds, le prix stipulé, la fixation d'un délai d'opposition pour les créanciers qui ne peut être inférieur au délai légal de dix jours et une élection de domicile dans le ressort du tribunal de commerce où le fonds est situé. Cependant, si la publication ne contient pas toutes les mentions requises, elle n'est pas nulle pour autant. Il faut alors chercher à savoir si les omissions ou erreurs étaient de nature à tromper les créanciers du vendeur. Du moment qu'il n'y a aucun doute sur l'identité des parties et du fonds cédé, l'on doit reconnaître que la publicité a produit son effet, qui était de prévenir les créanciers.

Ensuite, au plan national, le greffier du tribunal de commerce du lieu où se situe le fonds doit publier la cession du fonds de commerce au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC) dans les quinze jours suivant l'insertion de l'extrait ou de l'avis au journal d'annonces légales par la presse¹⁰³¹. Cette publicité doit contenir les mentions suivantes : 1° le nom de l'ancien propriétaire et son numéro d'immatriculation au registre du commerce ; 2° en ce qui concerne le nouveau propriétaire, les précisions prévues pour les immatriculations au registre du commerce ; 3° le prix stipulé ; 4° le titre du journal ayant reçu la première insertion et la date de celle-ci ; 5° une élection de domicile dans le ressort du tribunal où est situé l'établissement¹⁰³².

Ces deux formalités sont destinées à informer les tiers sur le paiement du prix de la cession du fonds de commerce en vue de mieux protéger leurs intérêts. Bien entendu, en cas d'inaccomplissement de ces formalités, le paiement est inopposable à ces tiers pouvant réclamer un second versement. Suivant cette logique, l'on peut conclure que les formalités de publicité de la cession du fonds de commerce constituent une mesure destinée à l'information aux tiers.

346. Le troisième exemple est relatif à la publicité du contrat de location-gérance du fonds de commerce en droit français. Selon l'article L. 144-2 du Code de commerce, ce contrat doit être publié dans la quinzaine suivant sa date, sous forme d'extrait ou d'avis, dans un journal habilité à recevoir des annonces légales¹⁰³³. Dans ce cas, il convient d'observer que

¹⁰³¹ L. 141-13 du Code de commerce.

¹⁰³² L'article 3 du décret n° 67-238 du 23 mars 1967.

¹⁰³³ H. KENFACK, Rép. Com. Dalloz, V° Location-gérance de fonds de commerce, 2010, n° 165.

la publicité a pour finalité d'informer les tiers de la qualité de leur débiteur¹⁰³⁴. Cette règle permet à ces derniers de mieux connaître le propriétaire de l'exploitation du fonds de commerce et d'éviter de leur attribuer une insolvabilité. De fait, les tiers peuvent se tromper sur l'apparence du propriétaire de l'exploitant du fonds de commerce ; par conséquent, ils risquent de lui attribuer une solvabilité illusoire, car leur gage se réduit, en fait aux seules marchandises. Face à un tel risque, le législateur dispose que « jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et pendant un délai de six mois à compter de cette publication, le loueur du fonds est solidairement responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds »¹⁰³⁵.

Cependant, il est nécessaire d'admettre que la publicité du contrat de location-gérance du fonds de commerce ne met pas en cause l'opposabilité aux tiers de la gérance¹⁰³⁶. Cette opération, même non publiée, demeure opposable. En théorie, si deux gérants revendiquent la location du fonds, seule la date de leur contrat respectif permettrait de trancher ce conflit. La date de leur contrat respectif permettrait à elle seule de résoudre ce conflit. Il faut donc conclure que la publicité de la location de gérance du fonds de commerce a pour finalité de trancher l'opposabilité simple.

347. D'après ces exemples, nous pouvons en déduire que la publicité par voie de presse constitue incontestablement un moyen d'informer les tiers. En fait, la presse constitue un moyen d'avertir le public puisque sa lecture est très suivie. Cependant, l'avantage de la publicité par voie de presse n'est qu'apparent. Elle présente parfois quelques inconvénients dans la diffusion effective de l'information au public. En effet, cette mesure de publicité laisse des traces difficiles à retrouver : sauf si elles sont archivées par l'utilisateur ou récapitulées dans une banque donnée, les informations diffusées de cette façon ne sont guère efficaces que pendant le temps de lecture du journal. C'est la raison pour laquelle le législateur soumet certains actes juridiques à publicité par voie de registre public.

2. La publicité par voie de registre public

348. A la différence de la publicité par voie de presse, ce type de publicité « s'effectue, non par une consultation directe du registre, mais par la communication

¹⁰³⁴ G. BACHASSON, L'obligation d'indication de sa qualité par le locataire-gérant depuis le décret du 14 mars 1986, *Gaz. Pal.* 1990.2, *Doctrine*, 423.

¹⁰³⁵ Art., L. 144-7 du Code de commerce.

¹⁰³⁶ H. KENFACK, *Rép. Com. Dalloz*, V., Location-gérance de fonds de commerce, n° 168.

d'extraits ou de copies des inscriptions »¹⁰³⁷. Dans ces procédés de publicité, les informations diffusées sont liées à des supports de publicité statistiques qui assurent, pour une période plus ou moins longue, une véracité¹⁰³⁸. La stabilité du support de cette publicité offre l'avantage d'autoriser une information en continu relativement détaillée et d'en faciliter l'acte¹⁰³⁹. Ainsi, elle permet d'aménager une information complète de l'acte juridique.

Cette mesure de publicité ne vise pas uniquement à satisfaire la connaissance d'une personne dénommée, elle permet également de s'adresser aux tiers de façon anonyme et de réaliser une publicité générale et abstraite¹⁰⁴⁰. Elle est particulièrement élaborée en matière foncière, utilisée toutefois pour certains cas en droit commercial.

349. La publicité foncière, en droit français, constitue un exemple typique pour ce deuxième type de publicité. En effet, l'article 28, 1° du décret du 4 janvier 1955 dispose que tous les actes ou toutes les décisions judiciaires portant ou constatant entre vifs « mutation ou constitution de droits réels immobiliers autres que les privilèges et les hypothèques » doivent être publiés au bureau d'hypothèques de la situation des biens¹⁰⁴¹.

Pour effectuer la publicité au bureau des hypothèques, le titulaire d'un droit immobilier doit déposer au bureau de la conservation des hypothèques du lieu où se situent les immeubles, deux exemplaires rédigés en la forme authentique constatant l'acte juridique soumis à publicité¹⁰⁴². L'un des exemplaires est conservé au bureau des hypothèques, l'autre est destiné à être restitué au requérant par le conservateur des hypothèques, après avoir opposé la mention de publicité¹⁰⁴³. Ce dernier procède ensuite à l'accomplissement de la publicité. Cette étape, qui ne doit pas être confondue avec la mention au registre des dépôts, résulte de l'insertion de l'un des deux exemplaires constatant l'élément soumis à publicité et remis au conservateur, soit dans le registre des publications s'il s'agit d'acte constitutifs, déclaratifs ou

¹⁰³⁷ G. LEGIER, J.-Cl.-Contrats-Distribution, Fasc. 100, n° 187.

¹⁰³⁸ E. FORTIS et A. REYGROBELLET, L'absence d'un système cohérent de publicité légale, *in* Publicités légales et informations dans les affaires, sous la direction de A. SAYAG, éd., Litec, 1992, n°107.

¹⁰³⁹ M. COCHEREL, Les techniques légales d'opposabilité, Essai d'une théorie générale, thèse, Paris I, 2003, n° 105.

¹⁰⁴⁰ C.-Th. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales, Information du public des actes, éd., LGDJ, 1999, n° 105.

¹⁰⁴¹ F. MAGNIN, J.-Cl. Civil annexe, V. Publicité foncière, Fasc. 36, n° 10 et s.

¹⁰⁴² L'article 67-3 du décret du 14 octobre 1955.

¹⁰⁴³ Articles 34-1, alinéas 3 et 4 du décret 4 janvier 1955.

translatifs de droits autres que les privilèges ou hypothèques, soit au registre des inscriptions pour les privilèges et hypothèques, soit au registre des saisies immobilières pour les commandements valant saisie¹⁰⁴⁴. Tant que cette opération n'est pas réalisée, la publicité n'est pas accomplie et l'opposabilité, subordonnée à son exécution, ne peut devenir effective¹⁰⁴⁵. Ainsi, la publicité apparaît comme une mesure de classement d'un document dans un registre donné. Ce classement est purement chronologique : il se fait en fonction de la date du dépôt de la conservation des hypothèques figurant sur le registre des dépôts. Concrètement, chaque exemplaire retenu à la conservation des hypothèques est enliassé après que le conservateur a vérifié qu'il n'existe aucune cause de rejet de la formalité. Les registres de la publicité foncière sont donc constitués de liasses d'actes.

Lorsque les formalités de publicité foncière sont accomplies, le conservateur procède à la restitution au requérant du second exemplaire du document remis lors du dépôt, et à l'annotation du fichier immobilier. Ce dernier, ayant été institué en 1955 en remplacement des anciens répertoires alphabétiques, joue un rôle important dans le bon fonctionnement quotidien de la publicité foncière. Il est analysé comme un instrument de recherches qui regroupe les divers renseignements se trouvant sur les différents registres de la publicité foncière. L'article 1^{er} du décret du 4 janvier 1955 dispose qu'« il est tenu, pour chaque commune, un fichier immobilier sur lequel, au fur et à mesure des dépôts, sont répertoriés, sous le nom de chaque propriétaire et par immeuble, des extraits des documents publiés, avec référence à leur classement des archives ». Ce texte ajoute, dans son alinéa 2, que le fichier immobilier représente la situation actuelle des immeubles. Il permet donc de guider le conservateur dans ses recherches afin de retrouver les documents ayant fait l'objet d'une formalité de publicité. Néanmoins, le fichier immobilier n'est qu'un « auxiliaire de la publicité foncière ». Les énonciations figurant sur les différentes fiches qui le composent ne sauraient, par elles-mêmes, faire foi.

Ces formalités de la publicité ont pour but de préciser la véracité des informations d'un immeuble. Elles sont donc utilisées pour le service public des renseignements où les tiers ont le droit de s'informer sans avoir à justifier d'un intérêt ni d'autres qualités. En effet, ceux-ci

¹⁰⁴⁴ S. PIEDIELIEVRE, *Traité de droit civil, Publicité foncière*, sous la direction de J. GHESTIN, éd., LGDJ, 2000, n° 101 ; A. FOURNIER, *op. cit.*, n° 307.

¹⁰⁴⁵ S. PIEDIELIEVRE, *op. cit.*, 119-122.

peuvent obtenir les informations sur un immeuble en demandant des copies ou des extraits des différents actes publiés¹⁰⁴⁶.

350. La publicité en matière de propriété industrielle est aussi illustrée par la publicité par voie de registre public. Ainsi, l'article L 613-9 du Code de la propriété intellectuelle énonce que « tous les actes transmettant ou modifiant les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet doivent, pour être opposables aux tiers, être inscrits sur un registre, dit registre national des brevets, tenu par l'Institut national de la propriété industrielle ». De même, l'article L. 714-7 du même Code règlemente également que « toute transmission ou modification des droits attachés à une marque doit, pour être opposable aux tiers, être inscrite au registre national des marques ». En outre, l'article L. 132-34 du Code de la propriété intellectuelle français (L. n° 94-361 du 10 mai 1994 sur la protection juridique des programmes d'ordinateur), sous l'influence de la directive du 14 mai 1991 de la Communauté économique européenne, dispose que le nantissement portant sur les droits d'exploitation des auteurs de logiciel « est inscrit, à peine d'inopposabilité, sur un registre spécial tenu par l'Institut national de la propriété industrielle ». Enfin, citons tous les actes relatifs aux droits de propriété et d'exploitation d'un film, ainsi que les conventions relatives à sa distribution qui doivent faire l'objet d'une inscription sur un registre public à peine d'inopposabilité aux tiers.

Un tel registre national des brevets en matière de droit de propriété industrielle vise à assurer l'information de tous les tiers sur l'existence, l'étendue et le titulaire du droit d'auteur puisqu'il est organisé autour d'un Registre public. En réalité, cette solution s'inspire de la publicité foncière¹⁰⁴⁷.

351. Le dernier exemple concernant la publicité de certains biens meubles, tels que les navires, bateaux de navigation intérieure et aéronefs, permet d'informer les tiers de l'acte juridique. L'article 92, 3 du décret n° 67-967 du 27 octobre 1967 dispose que tout acte constitutif, translatif ou extinctif de propriété sur un navire franchisé doit être publié sur le registre spécial de la conservation des hypothèques maritimes tenu par l'Administration des douanes¹⁰⁴⁸. Cette publicité est effectuée sur la présentation de l'expédition du titre

¹⁰⁴⁶ A. FOURNIER, *op. cit.*, n° 348-351.

¹⁰⁴⁷ J. RAYNAUD, Le tiers au pays du droit d'auteur, Publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique, JCP éd., G.1999.I.138, n° 7.

¹⁰⁴⁸ Voir aussi J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles, éd., LGDJ, 1996, n° 1032.

authentique ou de l'original du titre sous seing privé, et de trois bordereaux signés du requérant contenant les mentions nécessaires, et dont l'un est rendu au requérant avec une mention indiquant que l'inscription a eu lieu¹⁰⁴⁹. La même solution s'applique à la cession de l'aéronef. En effet, l'article L. 121-11 du Code de l'aviation civile reconnaît que « la cession de propriété doit être constatée par écrit et ne produit d'effet à l'égard des tiers par l'inscription au registre d'immatriculation ». Dans cette hypothèse, pour effectuer le registre d'immatriculation, l'acquéreur doit déposer au bureau d'immatriculation deux exemplaires contenant les mentions suivantes : la date et la nature du titre en vertu duquel l'inscription est requise ; les noms, prénoms et domicile de chacune des parties ; les renseignements relatifs à l'aéronef. Ce dépôt doit être fait dans le délai de trois mois à compter de la vente de l'aéronef.

352. Ainsi, dans l'ensemble, il faut constater que la forme de publicité a pour finalité d'informer les tiers de l'acte juridique. Si les formalités de publicité sont accomplies par les assujettis, elles sont présumées informatives par les tiers¹⁰⁵⁰. Néanmoins, cette technique de publicité peut comporter des inconvénients. En pratique, les documents enregistrés ne sont pas vraiment publics, c'est-à-dire que les tiers ne sont pas directement accessibles aux informations. Leur contenu doit leur être communiqué sous forme de copie, d'extrait, de certificat ou d'attestation, ce qui peut entraîner certaine lenteur relativement gênante dans la diffusion des informations. En outre, les documents enregistrés ont tendance à être éparpillés, ce qui peut constituer, pour le public, un obstacle réel à leur connaissance et à leur utilisation.

La forme de publicité est destinée à informer les tiers de l'acte juridique en ce sens qu'elle permet de protéger les tiers qui ne participent pas à la conclusion de l'acte juridique. Cette fonction sera éclaircie dans l'étude suivante.

¹⁰⁴⁹ L'article 92, 3° du décret n° 67-967 du 27 octobre 1967 prévoit que la publicité des contrats relatifs au navire doit contenir les mentions : « 1° Le cas échéant, les noms des gérants dans les conventions de copropriété pour l'application de l'article 15 de la loi n° 67-5 du 3 janvier 1967 portant statut des navires et autres bâtiments de mer ; 2° Le cas échéant, les clauses des conventions de copropriété prévues à l'article 20, deuxième alinéa, de la loi précitée portant statut des navires et autres bâtiments de mer ; 3° Les actes et contrats visés à l'article 10 de la loi précitée portant statut des navires et autres bâtiments de mer ; 4° Les clauses des contrats à l'article 10, deuxième alinéa, de la loi précitée portant statut des navires et autres bâtiments de mer, donnant à l'affréteur la qualité d'armateur ; 5° Les sûretés conventionnelles constituées avant la francisation du bâtiment, en application de l'article 10, 3°, de la loi précitée portant statut des navires et autres bâtiments de mer ; 6° Les décisions énoncées à l'article 7 du présent décret ; 7° Les hypothèques consenties sur tout ou partie du navire ; 8° Les procès-verbaux de saisie ».

¹⁰⁵⁰ C.-Th. BARREAU-SALIOU, Les publicités légales, Information du public et preuve des actes, éd., LGDJ, 1990, n° 105.

B. Le formalisme publicitaire dans son rôle de protection

353. On vient de dégager les fonctions d'information des tiers de la forme de publicité. A cet effet, il importe de rechercher quelles sont les finalités ultimes de cette forme, c'est-à-dire préciser les raisons pour lesquelles, dans certains cas, la forme de publicité est requise pour tels ou tels actes juridiques.

Certes, lorsque la forme de publicité a pour finalité d'informer les tiers de l'existence de l'acte juridique, elle contribue aussi à la protection de l'intérêt de ces derniers. Pour cette raison, le législateur soumet certains actes juridiques à publicité. Cette fonction est plus clairement justifiée pour chaque cas précis. Si l'on prend en considération la situation particulière dans laquelle intervient une exigence de forme de publicité, l'on doit constater que cette dernière poursuit des finalités propres qui diffèrent d'une hypothèse à l'autre. Chaque exigence de forme de publicité semble poursuivre une politique juridique de protection des tiers qui lui est spécifique. Plus précisément, une même publicité peut servir différents intérêts. Ainsi, il convient d'indiquer la fonction de la protection des tiers dans certains exemples.

354. Le premier exemple concernant la fonction de protection des tiers se trouve dans la publicité foncière en droit français¹⁰⁵¹. L'article 30 du décret du 4 janvier 1955, relatif aux sanctions des principales obligations de publicité, dispose que cette dernière a pour objectif de régler le conflit qui naît entre deux personnes qui acquièrent du même auteur des droits concurrents sur le même immeuble, et qui sont toutes les deux soumises à une obligation de publicité. Dans cette situation, la publicité foncière permet à l'acquéreur d'éviter des risques puisqu'il est assuré de devenir effectivement propriétaire, titulaire d'un droit réel de propriété opposable à tous¹⁰⁵².

En revanche, si elle fait défaut, l'acquéreur ne bénéficie pas de protection des règles de forme de publicité foncière puisque les droits réels ne lui sont pas opposables s'ils n'ont pas été publiés. Suivant cette logique, la publicité foncière a pour fonction de protéger le second acquéreur d'un droit contre l'effet préjudiciable qui résulterait normalement, pour lui, de l'acte conclu entre le propriétaire et le premier acquéreur. Si le second acquéreur publie son

¹⁰⁵¹ V. MARTY et RAYNAUD, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, 2^e, éd., par Ph. JESTAZ, Sirey, 1987, n° 644 ; Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 1998, 2^e, éd., n° 377 ; comp. R. SAVATIER, *Usage et avenir de la publicité foncière* : D. 1959, chron., p. 221.

¹⁰⁵² R. TENDLIER, *La publicité foncière française face à l'harmonisation européenne*, JCP, 1991.I.3544.

droit le premier, la publicité le protège contre les actes de disposition faits par autrui. En d'autres termes, elle a pour finalité de protéger les tiers de bonne foi.

355. Le deuxième exemple est relatif à la publicité de la cession du fonds de commerce en droit français. L'article L. 142-12 du Code de commerce dispose que l'acquéreur d'un fonds de commerce doit procéder à la publicité de la cession¹⁰⁵³. L'objectif de la règle est d'informer les créanciers du vendeur, afin de leur permettre de faire opposition au paiement du prix, s'ils le jugent insuffisant. En ce sens, elle a pour finalité d'informer les créanciers du vendeur, plus particulièrement sur tous les actes qui ont pour effet de l'affecter défavorablement. Ainsi, on peut conclure que la publicité de la cession du fonds de commerce constitue une mesure destinée à éviter l'insolvabilité du vendeur du fonds de commerce, au détriment de ses créanciers, autrement dit, elle a pour finalité de protéger les tiers.

La publicité du contrat de location-gérance du fonds de commerce a également pour objet de protéger les cocontractants du locataire-gérant contre son insolvabilité, ce qui doit empêcher toute croyance selon laquelle le véritable débiteur serait le propriétaire du fonds par l'organisation d'une responsabilité solidaire du propriétaire du fonds pendant une période de six mois à compter de la publication. Ainsi, la publicité constitue un instrument de protection du tiers contre l'insolvabilité.

356. Le troisième exemple est la publicité du contrat de mariage en marge de l'acte de mariage. Lorsqu'elle est accomplie, elle permet aux tiers de connaître l'existence ou l'absence d'un contrat de mariage entre époux, afin d'apprécier leur solvabilité ou d'éviter la remise en cause des actes conclus. Cependant, il est à remarquer que cette publicité n'indique pas le contenu des clauses du contrat de mariage mais seulement la date du contrat, ainsi que le nom et le lieu de résidence du notaire. De ce fait, elle ne peut protéger que sommairement l'intérêt des tiers dans la mesure où ils ont des relations patrimoniales avec les futurs époux.

La publicité du contrat de mariage où l'un des époux possède la qualité de commerçant est plus protectrice pour les tiers. Tel était le cas de la publication d'un contrat de mariage lorsqu'un des époux était commerçant avant la publication de l'ordonnance n° 2005-428 du 6 mai 2005. L'article 1394, alinéa 4, du Code civil français disposait alors : « en outre, si l'un des époux est commerçant lors du mariage ou le devient ultérieurement, le contrat de mariage doit être publié dans les conditions et sous les sanctions prévues par les règlements relatifs au registre du commerce ». Cette publicité, « lorsqu'elle a été accomplie, est donc destinée à

¹⁰⁵³ J. DERRUPPE, Rép. Com. Dalloz, V. Fonds de commerce, n° 556.

protéger les cocontractants contre l'insolvabilité de l'époux commerçant »¹⁰⁵⁴. Mais l'ordonnance n° 2005-428 du 6 mai 2005 a abrogé cette disposition.

357. Le dernier exemple est la publicité des actes juridiques concernant certains meubles corporels de grandes valeurs tels que le navire, l'aéronef, le bateau. La publicité de ces actes permet aux tiers de connaître la situation juridique exacte de tels biens¹⁰⁵⁵. A l'inverse, s'ils ne sont pas soumis à publicité, les tiers ne peuvent pas la connaître, c'est-à-dire qu'ils sont démunis de toute protection. C'est la raison pour laquelle on estime que la publicité des actes portant sur ces biens a pour finalité de protéger les tiers.

358. Tout bien considéré, on peut conclure que la forme de publicité est une forme imposée pour l'opposabilité aux tiers de l'acte juridique. A ce titre, elle a pour finalité de les informer de l'acte juridique et de les protéger. Pour aboutir à ces finalités, le législateur doit établir la sanction juridique en cas d'inobservation de la forme de publicité.

¹⁰⁵⁴ S. CORNELOUP, La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé, éd., LGDJ, 2003, n° 123.

¹⁰⁵⁵ A.-O. GUTTON, *op. cit.*, p. 231 et s.

Section II. La sanction de l'inobservation de la forme de publicité

359. La forme de publicité est une condition d'opposabilité de l'acte juridique à l'égard des tiers¹⁰⁵⁶ ; de cette sorte, il convient d'estimer que la nullité n'est pas une sanction appropriée car il n'y a aucune raison que l'inefficacité atteigne les parties mêmes. D'ailleurs, la nullité n'est compatible que pour la sanction de l'inobservation d'une des conditions de formation du contrat, comme par exemple le vice d'une des conditions de validité. Dans ce cas, la sanction de l'inobservation de la forme de publicité doit être l'inefficacité de l'acte juridique à un degré quelconque¹⁰⁵⁷, le plus fréquent étant l'inopposabilité aux tiers de l'acte non publié¹⁰⁵⁸. Dès lors, on se demande quels sont parmi les tiers, ceux qui ont le droit d'invoquer l'inopposabilité attachée au défaut d'accomplissement de la forme de publicité.

Cependant, l'application des règles de forme de publicité n'est pas absolue. Elle comporte des exceptions. En réalité, si la forme de publicité n'est pas respectée par les assujettis, l'acte juridique n'est pas privé de son efficacité à un degré quelconque¹⁰⁵⁹. Autrement dit, il n'est pas sanctionné par l'inopposabilité aux tiers dans la mesure où la forme de publicité n'est pas accomplie. Face à une telle situation, la question est de savoir dans quelles hypothèses certaines exceptions peuvent échapper aux règles de forme de publicité ?

360. Afin de répondre à cette question, l'on doit examiner la sanction du défaut d'accomplissement de la forme de publicité en deux temps : l'inopposabilité aux tiers sanctionnant l'inobservation de la forme de publicité (§ 1) et la dérogation à cette règle (§2).

¹⁰⁵⁶ V. *supra* n° 318 et s.

¹⁰⁵⁷ Par exemple, le défaut d'accomplissement de la forme du contrat de

¹⁰⁵⁸ L'inopposabilité est définie comme « (l') inefficacité à l'égard d'un tiers déterminé par la loi d'un acte dont la pleine efficacité était subordonnée à l'accomplissement d'une formalité de publicité qui a été inobservée », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, éd., PUF, 8^e, éd., 2007, p. 494.

¹⁰⁵⁹ V. *infra*, n° 379 et s.

§ 1. L'inopposabilité aux tiers de l'acte non publié

361. Le défaut d'accomplissement de la forme de publicité prive les assujettis de l'opposabilité de l'acte juridique ; l'acte juridique est donc frappé d'inopposabilité. Cependant, il est nécessaire de savoir, parmi les tiers, ceux qui ont la qualité d'invoquer l'inopposabilité attachée au défaut d'accomplissement de la forme de publicité.

Généralement, le tiers à l'acte juridique en matière de forme de publicité peut être identifié selon deux règles : les règles générales de la détermination des tiers (A) et les règles spéciales de la détermination des tiers (B).

A. Les règles générales de la détermination des tiers

362. Les tiers sont en général « ceux qui n'ont pas consenti, qui n'ont pas parlé au contrat »¹⁰⁶⁰. En ce sens, ils « s'opposent aux parties, c'est-à-dire *a priori* aux personnes qui ont conclu le contrat »¹⁰⁶¹. Toutefois, il convient ici de préciser que certains d'entre eux ont la possibilité d'invoquer l'inopposabilité attachée au défaut d'accomplissement de la forme de publicité. Ceux-ci doivent avoir un intérêt légitime à agir en vertu des règles générales en matière de procédure civile : « pas d'intérêt, pas d'action »¹⁰⁶². D'un autre côté, il existe certaines personnes qui ne peuvent pas être considérées comme des tiers à la forme de publicité, bien qu'elles n'aient pas participé à conclusion de l'acte juridique. Tel est le cas des ayants cause universels ou à titre universel, des représentés et des époux ayant des biens en commun.

363. L'ayant cause universel est celui qui recueille l'intégralité du patrimoine de son auteur¹⁰⁶³. En droit français, compte tenu du lien qui unit le patrimoine à la personne, cette transmission ne peut normalement avoir lieu que par le décès du titulaire du patrimoine¹⁰⁶⁴. Il

¹⁰⁶⁰ I. CORBISIER, Les différents tiers au contrat, *in* Les effets du contrat à l'égard des tiers comparaisons franco-belges, sous la direction M. FONTAINE et J. GHESTIN, éd., LGDJ, 1993, n° 4, p. 101.

¹⁰⁶¹ J. GHESTIN, Les effets du contrat à l'égard des tiers, *in* Les effets du contrat à l'égard des tiers comparaisons franco-belges, sous la direction M. FONTAINE et J. GHESTIN, éd., LGDJ, 1993, n° 12, p. 19.

¹⁰⁶² H. ROLAND et L. BOYER, Adages du droit français, 4^e, éd., Litec, 1999.

¹⁰⁶³ G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op. cit.*, V. « cause ».

¹⁰⁶⁴ V. JALLU, Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe de transmission à caractère universel, thèse, Paris, 1902 ; P. CAZELE, De l'idée de continuation de la

ne peut donc pas être qualifié de tiers ayant le droit d'invoquer l'inopposabilité attachée au défaut d'accomplissement de la forme de publicité, d'après ce lien. Il doit être considéré comme une partie ayant participé à sa conclusion en tant que continuateur de la personne de son auteur¹⁰⁶⁵. A ce titre, il ne se prévaut pas du défaut d'accomplissement de la forme de publicité.

L'ayant cause à titre universel est celui qui recueille une fraction du patrimoine¹⁰⁶⁶. Tel est, par exemple, le cas de deux héritiers ou d'un legs portant sur une fraction de la succession. Cette « transmission à titre universel suppose également le décès du titulaire du patrimoine »¹⁰⁶⁷. Comme l'ayant cause universel, il ne doit pas être envisagé comme un tiers au contrat mais véritablement comme une partie. En effet, il ne peut pas invoquer l'inopposabilité attachée au défaut d'accomplissement de la forme de publicité, quoique sa volonté n'ait pas participé à la conclusion du contrat¹⁰⁶⁸.

Les représentés doivent également être regardés comme des parties à l'acte, bien qu'ils n'aient pas eux-mêmes contribué à sa conclusion¹⁰⁶⁹. Il en résulte qu'un représenté ne peut pas avoir la qualité d'invoquer l'inopposabilité de l'acte résultant du défaut d'accomplissement de la forme de publicité. Cette solution s'explique par la notion de représentation qui est « un mécanisme de remplacement d'une personne par une autre pour l'accomplissement d'un acte juridique »¹⁰⁷⁰. En effet, une personne (représentant) peut conclure un contrat pour le compte d'une autre (représenté), elle a donc la qualité de partie au contrat. La conséquence logique issue de cette circonstance est soit que la représentation est

personne, thèse, Paris, 1905 ; J.-P. CLAUX, La continuation de la personne du défunt par l'héritier, thèse Paris, 1969 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, Les successions, Libéralités, 5^e, éd., Montchrestien, 1999, n° 1203 ; M. GRIMALDI, Succession, 6^e, éd., Litec, 2001, n° 549 ; A. FOURNIER, Insuffisances et incertitudes en droit de la publicité foncière, *art.cit.*, n° 15.

¹⁰⁶⁵ Sur l'idée de continuation de la personne, V. J. FLOUR et SOULEAU, Droit civil, Les successions, 3^e, éd., 1991, n° 165 ; M. GRIMALDI, Droit civil, Successions, 6^e, éd., 2001, n° 409 et 549 et s.

¹⁰⁶⁶ J. GHESTIN, Les effets du contrat à l'égard des tiers, in Les effets du contrat à l'égard des tiers, Comparaisons franco-belges, sous la direction M. FONTAINE et J. GHESTIN, éd., LGDJ, 1993, n° 13, p. 20.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*

¹⁰⁶⁸ J. GHESTIN, Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, RTD civ. 1994, p. 777, n° 22.

¹⁰⁶⁹ J. FLOUR, J.-L AUBERT, E.SAVAUX, *op. cit.*, n° 426 ; Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 742.

¹⁰⁷⁰ J. FLOUR, J.-L AUBERT, E.SAVAUX, *op. et loc cit.*

parfaite, soit qu'elle est imparfaite¹⁰⁷¹. Il n'est pas concevable de reconnaître au représenté la qualité de tiers protégé par la sanction de l'inopposabilité¹⁰⁷².

La situation des époux ayant des biens en commun est à rapprocher de la représentation. Ces personnes ne peuvent pas être des tiers l'une envers l'autre, chacune ayant le pouvoir d'engager les biens communs dans les conditions prévues par l'article 1413 du Code civil français¹⁰⁷³. Ainsi, l'un des époux ne peut invoquer l'inopposabilité à l'acte conclu par l'autre époux, bien que la forme de publicité fasse défaut. Ainsi, en matière de représentation, celui qui n'a pas directement participé à la conclusion de l'acte juridique est assimilé à une partie et est privé, du même coup, de la qualité de tiers protégé.

364. Les tiers sont donc ceux qui ne participent pas à la conclusion de l'acte juridique, sauf exceptions tels que des ayants cause universels ou à titre universel, des représentés et des époux communs ayant des biens en commun mais qui n'ont pas la qualité de tiers en raison d'une même situation. Si la forme de publicité fait défaut, ils peuvent invoquer l'inopposabilité attachée au défaut d'accomplissement de la forme de publicité à condition qu'ils justifient d'un intérêt concernant l'absence de cet accomplissement. Toutefois, ces règles générales ne suffisent pas pour déterminer le tiers car la notion de tiers varie d'un cas à l'autre. Il convient donc de déterminer le tiers dans certains cas spéciaux.

B. Les règles spéciales de détermination de tiers

365. Les règles spéciales de détermination des tiers se bornent à l'examen de certains cas précis. Cela concerne le droit immobilier et le droit commercial. De ce point de

¹⁰⁷¹ La représentation est dite parfaite lorsque le cocontractant connaît l'intention du représentant d'agir au nom et pour le compte du représenté. Le représentant, dans ce cas, porte à la connaissance du cocontractant le pouvoir dont il est investi. C'est la situation la plus courante, celle du mandat et de la représentation légale ou judiciaire. La représentation est en revanche imparfaite lorsque le représentant contracte pour le compte du représenté mais en son nom personnel. Dans ce cas, il déclare bien qu'il traite pour autrui mais sans dire qui il représente. Cela correspond au contrat de commission, réglementé par le Code de commerce (articles L. 132-1 et s.), et en vertu duquel le commissionnaire agit pour le compte d'un commettant dont il ne révèle pas l'identité.

¹⁰⁷² La seule différence à ce niveau entre la représentation parfaite et la représentation imparfaite tient à ce que dans le premier cas le représenté se voit dès la conclusion de l'acte conférer la qualité de partie alors que dans le second cas, cette qualité ne lui est attribuée que postérieurement à la conclusion de l'acte, seulement au moment où il déclare vouloir profiter de l'acte. V. sur point J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 428 et 429.

¹⁰⁷³ Aux termes de l'article 1431 du Code civil français, « le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, et sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu ».

vue, il semble que la conception de tiers ne soit pas la même. Le droit immobilier en donne une définition extrêmement précise (1) alors que le droit commercial la néglige (2)¹⁰⁷⁴.

1. La détermination de tiers en matière de publicité foncière

366. Les tiers en droit immobilier ne sont pas les mêmes selon qu'ils apparaissent dans le décret du 4 janvier 1955 ou dans le Code civil français¹⁰⁷⁵. Le législateur de 1955 a conservé les dispositions particulières du Code civil relatives à la publicité des donations de droits réels susceptibles d'hypothèques et de substitutions¹⁰⁷⁶. Ce décret exige plus de conditions d'identification des tiers que le Code civil. Ceux-ci ne réunissent que quatre conditions cumulatives au sein de ce Code, alors qu'ils doivent en ajouter trois autres dans le décret du 4 janvier 1955.

a. Les tiers à l'acte juridique du décret du 4 janvier 1955

367. Le décret du 4 janvier 1955 définit la notion de tiers en matière de publicité foncière d'une façon assez étroite. L'article 30, 1^o, alinéa 1^{er} de ce décret dispose que « les actes et décisions judiciaires soumis à publicité par application du 1^o de l'article 28 sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers, qui sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques ».

Il résulte de ce texte que trois conditions cumulatives doivent être réunies pour que les tiers puissent invoquer l'inopposabilité attachée au défaut d'accomplissement de la forme de publicité : le conflit doit opposer des ayants cause à titre particulier d'un même auteur, titulaires de droits soumis à publicité sous peine d'inopposabilité, dont l'un au moins a effectivement procédé à la publicité. Il faut encore y ajouter la quatrième condition qui résulte de l'alinéa 2 de l'article 30-1 du décret du 4 janvier 1955, en vertu de laquelle les tiers ne doivent pas avoir eux-mêmes été en charge de procéder à la publication¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁴ C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 110.

¹⁰⁷⁵ H.-L.J. MAZEAUD et F. CHABAS par F. CHABAS et RANOUIL, n° 721.

¹⁰⁷⁶ Article 30-2 du décret 4 janvier 1955. V. aussi V. Cass. 1^o civ., 5 mai 1965 : Bull. civ. I, n° 300. - Cass. 3^o civ., 4 février 1987 : JCP N 1987, prat. 314.

¹⁰⁷⁷ V. notamment, Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés, La publicité foncière*, par L. AYNES, 4^{er}, éd., Defrénois, 2009, n° 648 et s. ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés*, Dalloz, 2e éd., nos 742 et s. ; MARTY, RAYNAUD et JESTAZ, *Les sûretés, La publicité foncière*, éd., Sirey, 1987, nos 759 et s. ; MAZEAUD et CHABAS, t. III, vol. 1, *Sûretés, Publicité foncière*, 6^e, éd., par RANOUIL et CHABAS, n° 723 et s..

368. Premièrement, ils doivent tenir leur droit d'un même auteur¹⁰⁷⁸. Ainsi, en cas de conflit entre ayants cause à titre particulier d'auteurs différents, l'inopposabilité attachée au non-accomplissement de la publicité ne peut bénéficier à l'un ou l'autre de ces ayants cause¹⁰⁷⁹. Ce conflit doit donc être tranché par le recours aux règles de preuve des droits réels¹⁰⁸⁰. Toutefois, l'application de cette condition suscite certaines difficultés.

La première difficulté est celle de savoir si, dans un conflit entre ayants cause particuliers à un même auteur, l'inopposabilité peut être invoquée contre celui qui n'a pas procédé à la publicité foncière, mais qui invoque à son profit une prescription acquisitive. De ce point de vue, la jurisprudence française juge que l'ayant cause particulier, qui tient son droit d'un même auteur et qui a procédé à sa publicité, ne peut, malgré cela, se prévaloir de l'inopposabilité du droit contre l'ayant cause particulier qui n'a pas été publié¹⁰⁸¹. On observe donc que cette solution soutient la supériorité du principe de l'usucapion sur les règles de forme de publicité foncière, c'est-à-dire l'usucapion est opposable à tous, même en l'absence de publicité.

La deuxième difficulté apparaît en cas de conflit entre l'acquéreur d'un immeuble tenant ses droits d'un vendeur ultérieurement décédé et un second acquéreur tenant les siens de l'héritier de ce vendeur¹⁰⁸². Dans cette situation, il semble qu'il n'existe pas de conflit entre ayants cause d'un même auteur, car l'un des acquéreurs tient ses droits du défunt alors que l'autre les tient de l'héritier. Néanmoins, cette opinion a été condamnée par la jurisprudence française, précisant que si un conflit oppose les ayants cause à titre particulier, respectivement de l'auteur et de son successeur, ces derniers doivent être traités comme des ayants cause du même auteur en raison du principe de droit successoral de la continuation de la personne du défunt¹⁰⁸³. Cette solution logique mérite d'être approuvée¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁷⁸ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 5^e éd., Dalloz, 2009, n° 869.

¹⁰⁷⁹ S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 418.

¹⁰⁸⁰ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, n° 649 ; S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 418 et s.,

¹⁰⁸¹ Cass., 3^e civ., 13 décembre 2000, note L. PASCAL, D., 2001.2154.

¹⁰⁸² G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, t. II, éd., Sirey, 1988, n° 689.

¹⁰⁸³ Cass. 1^e civ., 14 juin 1961 : JCP N 1962, II, 12472, note Bulté. - 28 nov. 1961 : JCP N 1962, II, 12683. - Cass. 3^e civ., 6 juill. 1976 : Defrénois 1977, p. 1032, note E. FRANK ; Civ. 3^e, 11 juin 1997, Defrénois, art. 36703, p. 1431, obs., L. ANYES ; JCP éd., G. 1998.II.10055, note J. CASEY ; D. 1998, som. Com., p. 108, obs. S. PIEDELIEVRE.

¹⁰⁸⁴ J. DUCLOS, *op. cit.*, n° 301 ; S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 421.

La troisième et dernière difficulté, plus délicate que les précédentes, concerne le conflit entre deux sous-acquéreurs tenant leurs droits d'auteurs distincts, mais tous deux ont les mêmes ayants cause particuliers d'un auteur commun. La question est ici de savoir si les sous-acquéreurs peuvent bénéficier de l'application des règles de publicité foncière bien qu'ils ne tiennent pas leur droit d'un même auteur. Selon l'opinion d'une frange de la doctrine, ils devraient pouvoir invoquer l'inopposabilité résultant du défaut d'accomplissement de la publicité foncière même s'ils ne peuvent pas être investis de la qualité de tiers protégé, faute de tenir leur droit d'un même auteur¹⁰⁸⁵. Ces auteurs soulignent en ce sens que « la présence d'un ou de plusieurs sous-acquéreurs successifs n'interdit nullement de rechercher l'auteur commun, ou entre deux sous-acquéreurs, en application des règles de la publicité foncière »¹⁰⁸⁶. Cette opinion repose sur une explication selon laquelle la sanction de l'inopposabilité applicable aux premiers acquéreurs pourrait être transmise aux sous-acquéreurs. L'inopposabilité d'une première vente au second acquéreur qui a publié le premier, pourrait notamment atteindre le sous-acquéreur, ayant cause du premier acquéreur en date, quand bien même celui-ci aurait publié son titre d'acquisition avant l'ayant cause du second. Cependant, en pratique juridique, la jurisprudence française a tendance à privilégier la lecture stricte de l'article 30-1^o, alinéa 1^{er}, du décret du 4 janvier 1955, refusant de fait aux sous-acquéreurs la capacité d'invoquer l'inopposabilité attachée au défaut de publicité foncière¹⁰⁸⁷. En effet, le sous-acquéreur du premier acquéreur en date ne peut pas invoquer l'inopposabilité attachée au défaut d'accomplissement de la forme de publicité contre le sous-acquéreur du second acquéreur de l'acte de vente dont il a lui-même bénéficié.

369. Deuxièmement, les tiers doivent être titulaires d'un droit sur le même immeuble et soumis à publicité sous peine d'inopposabilité. L'article 30-1^o, alinéa 1^{er} du décret du 4 janvier 1955 régleme que qu'ils ne peuvent invoquer l'inopposabilité attachée au défaut d'accomplissement de la publicité foncière qu'à la condition de se prévaloir d'un droit concurrent portant sur le même immeuble et susceptible d'entrer en conflit avec l'acte non publié. Ainsi, le défaut d'accomplissement de la publicité ne peut pas être évoqué par un tiers d'un droit non soumis à publicité ni par un tiers titulaire d'un droit soumis à publicité mais

¹⁰⁸⁵ J. DUCLOS, *op. cit.*, n° 301 ; S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 421 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, Servitude et grandeur de la publicité foncière en droit français, D. 1988, Chron., p. 248.

¹⁰⁸⁶ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *art. cit.*, p. 248.

¹⁰⁸⁷ Cass. 3^e civ., 20 nov. 1984 : JCP N 1986, prat. 9548 ; Journ. not. 1985, art. 58195, note, L. MARNIERRE.

seulement à titre d'information. Le même cas s'applique également aux tiers titulaires d'un droit soumis à publicité foncière, mais portant sur un immeuble différent de celui concerné par l'autre droit en conflit.

Il résulte également de cette condition que les créanciers chirographaires n'ont pas le droit d'invoquer l'inopposabilité attachée au défaut de la publicité foncière, même s'ils y ont un intérêt. Cette solution a été critiquée par certains auteurs français¹⁰⁸⁸, compte tenu du caractère préjudiciable de la situation pour les créanciers chirographaires. Néanmoins, elle se justifie à travers deux raisons notables. D'une part, les créanciers chirographaires n'ont pas véritablement un droit concurrent sur l'immeuble, puisqu'ils bénéficient seulement d'un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur. D'autre part, leur droit n'est pas soumis à publicité.

370. Troisièmement, les tiers doivent eux-mêmes avoir procédé à la publicité foncière de leur droit. Cette condition est également prévue par l'article 30, 1^o, alinéa 1^{er}, du décret du 4 janvier 1955, selon lequel « les actes et décisions [...] sont [...] inopposables aux tiers qui, [...] ont acquis [...] des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité, ou ont fait inscrire des privilèges ou hypothèques ». C'est une application de l'adage « *prior tempore, potior jure* »¹⁰⁸⁹ pour la publicité foncière. Ainsi, tant qu'aucun des ayants cause à titre particulier en concurrence n'a publié son droit, les règles de la publicité sont sans incidence et le conflit ne peut se résoudre que sur le terrain de l'efficacité des conventions passées ou des droits acquis¹⁰⁹⁰.

Cependant, la question qui se pose est celle de savoir lequel, parmi les assujettis, peut bénéficier de la protection des règles de publicité foncière dans la mesure où elle est faite par ceux-ci un même jour ? Dans cette hypothèse, il convient de distinguer les deux cas suivants. Premièrement, si les actes présentés en vue de la publicité foncière comportent des dates différentes, l'acte de préférence est celui au titre plus ancien. Cette solution « s'applique non seulement en cas de conflit entre personnes tenant toutes deux leurs droits d'actes authentiques, mais aussi lorsque l'une d'elles ne disposant à l'origine que d'un acte sous seing privé a fait jouer à son profit l'une des procédures prévues par l'article 37-2 du décret du 4

¹⁰⁸⁸ Par exemple, S. PIEDELIEVRE, op. cit., n° 425 ; M. PLANIOL et G. RIPERT par PICARD, Traité pratique de droit civil français, t. 3, Les biens, 2^e, éd., n° 644.

¹⁰⁸⁹ H. ROLAND, L. BOYER, Adages du droit français, 3^e, éd., Litec, 1992, n° 323.

¹⁰⁹⁰ V. Cass. 1^o civ., 21 mai 1968 : JCP N 1968, II, 15614, note R.L. - Cass. 3^e civ., 13 mars 1974 : Bull. civ. III, n° 119. - V. encore Cass. 1^o civ., 12 nov. 1975 : JCP N 1976, II, 18359, note DAGOT.

janvier 1955 »¹⁰⁹¹. « Lorsque l'un des actes est un commandement valant saisie immobilière, la date à prendre en considération, en cas de formalités de publicité foncière requises le même jour, est non pas celle du commandement mais celle du titre exécutoire en vertu duquel est opérée la saisie »¹⁰⁹². Deuxièmement, si les actes présentés en vue de la publicité ont des dates identiques, l'article 31-3 de ce décret dispose que les formalités seront en principe réputées de même rang. « Deux exceptions sont cependant prévues : la première résulte de l'article 31-2, lequel prévoit qu'en cas d'identité de date entre une inscription hypothécaire et un autre acte soumis à publicité à fin d'opposabilité, l'inscription hypothécaire est réputée antérieure ; la seconde concerne l'hypothèse où il y aurait identité de date du titre exécutoire mentionné dans le commandement valant saisie immobilière et de l'autre acte en conflit et donne la priorité au commandement »¹⁰⁹³.

371. Quatrièmement, les tiers ne doivent pas eux-mêmes être responsables du défaut de publicité foncière. A cet égard, l'article 30, 1°, alinéa 2 du décret du 4 janvier 1955 réglemente que les tiers « qui étaient eux-mêmes chargés de faire publier les droits concurrents, ou leurs ayants cause universels » ne peuvent se prévaloir de l'inopposabilité attachée au défaut de publicité. Ce texte ne permet pas à une personne qui a deux qualités différentes dans une opération soumise à publicité, d'agir pour son propre compte et a la qualité de représentant d'un autre ayant cause à titre particulier du même auteur¹⁰⁹⁴.

Au demeurant, il convient de noter que pour cette condition de qualité de tiers prévue par l'article 30-1°, alinéa 2, du décret du 4 janvier 1955, la jurisprudence refuse de faire la distinction entre celui qui est chargé directement de la publicité et celui qui doit seulement veiller à son accomplissement. D'après elle, le tiers ne peut pas invoquer l'inopposabilité même s'il n'est tenu de la publicité qu'à titre subsidiaire : sur le terrain de l'inopposabilité, peu importe si le tiers veille seulement à l'accomplissement des formalités de publicité que

¹⁰⁹¹ F. MAGNIN, J.-Cl, Civil annexes, V. Publicité foncière, Fasc., 37, n° 37. Voir plus CA Paris, 29 juin 1964 : JCP N 1965, II, 13997, note H. BULTE ; Gaz. Pal. 1965, 1, p. 21 ; RTD civ. 1965, p. 376, obs. BREDIN.

¹⁰⁹² F. MAGNIN, *op. cit.*, n° 37. Voir également Art. 31-4, du décret n° 55-22, 4 janv. 1955.

¹⁰⁹³ *Ibid.*

¹⁰⁹⁴ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, 5^e, éd., Dalloz, 2009, n° 867 et s.

doit assurer un autre tiers désigné par la loi, tel que par exemple le notaire rédacteur de l'acte à publier¹⁰⁹⁵.

372. Dès lors, l'on constate que la personne invoque l'inopposabilité attachée au défaut d'accomplissement de la publicité foncière est conçue de façon assez restrictive. Ceci réduit aussi l'utilité de la forme de publicité appliquée à la matière de publicité foncière. En théorie, cette dernière pourrait être utile à tous les tiers ayant un intérêt à être protégés par un tel formalisme. Néanmoins, en pratique, elle n'est utile que pour les tiers qui peuvent invoquer l'inopposabilité attachée au défaut d'accomplissement de la forme de publicité.

b. Les tiers au contrat de donation susceptible

373. A la différence des tiers prévus par le décret du 4 janvier 1955 qui viennent d'être envisagés, les tiers au contrat de donation susceptibles d'hypothèques dans le Code civil français sont largement définis¹⁰⁹⁶. Ils sont réglementés par les articles 939 à 942 du Code civil pour la publicité des donations de droits réels susceptibles d'hypothèques, ainsi que par les articles 1069 à 1072 du même Code pour les substitutions de droits réels immobiliers. Aux termes de l'article 941 du Code civil français, « le défaut de publication pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire la publication, ou leurs ayants cause, et le donateur ».

En effet, la distinction entre les tiers visés par le décret du 4 janvier 1955 et ceux prévus par le Code civil français n'est pas exagérée. Les conditions pour qu'ils soient qualifiés sont communes. Pour être tiers au sens du Code civil et du décret du 4 janvier 1955, il faut y avoir un intérêt : ne pas avoir été chargé de la publication, être exempt de faute et ne pas avoir en commis. De même, les ayants cause universels¹⁰⁹⁷ ou à titre universel du donateur de biens susceptibles d'hypothèques, ainsi que les héritiers du donateur ne sont pas des personnes ayant intérêt à invoquer le défaut de publication de la donation¹⁰⁹⁸.

Cependant, il existe une séparation à propos des créanciers chirographaires. Ces derniers, implicitement exclus des tiers par le décret du 4 janvier 1955, ont la capacité de se

¹⁰⁹⁵ V. en ce sens, Civ. 3^{es}, 3 octobre, 1973, Bull. civ., III, n° 505 ; Defrénois, 1974, art. 30553, p. 340, obs. J.-L.

¹⁰⁹⁶ V. par exemple, CREDA, E. FORTIS et A. REYGROBELET, Les effets juridiques de la publicité foncière, *in* Publicités légales et informations dans les affaires, sous la direction de A. SAYAG, éd., Litec, 1992, n° 174, p. 152.

¹⁰⁹⁷ Cass. civ., 1^{er} août 1878 : DP 1879, 1, p. 167.

¹⁰⁹⁸ Cass. civ., 1^{er} juin 1897 : DP 1898, 1, p. 56.

prévaloir du défaut d'accomplissement de la publicité des donations susceptibles d'hypothèques. La loi leur offre également la possibilité de préciser leurs droits sur les immeubles du débiteur, voire de devenir titulaires d'un véritable droit réel sur ces biens. Un décret du 17 juin 1938 a modifié les règles de la saisie-immobilière et a rendu possible une publication du droit « consolidé » du créancier chirographaire, devenant alors un tiers au sens de la publicité foncière. Selon plusieurs hypothèses, les créanciers chirographaires sont donc des tiers pouvant se prévaloir du défaut de publicité des actes à titre onéreux. Ils peuvent aussi préciser leur droit en procédant à saisie de tel ou tel immeuble. Ils n'obtiennent pas un droit réel sur cet immeuble mais la publication de ce droit fait du créancier saisissant un tiers au sens de la publicité foncière : les aliénations publiées, après le dépôt du commandement valant saisie, ne sont pas opposables aux créanciers saisissants.

374. A vrai dire, la notion de tiers au contrat de donation susceptible d'hypothèques est plus large que celle en matière de publicité puisque cette dernière exige encore trois conditions supplémentaires pour que les tiers puissent invoquer l'inopposabilité attachée au défaut d'accomplissement de la publicité foncière. Cette différence peut être justifiée par une finalité différente entre ces deux textes. La publicité foncière du contrat de donation susceptible d'hypothèques du Code civil français a été inspirée par l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 sur l'insinuation des donations : son but primordial n'était pas la protection des tiers mais celle de la famille du donateur contre des libéralités excessives ; la publicité foncière du décret du 4 janvier 1955 est donc destinée à protéger les tiers à l'acte juridique à titre onéreux.

2. La détermination de la qualité de tiers en matière de publicité de la cession et de la location-gérance du fonds de commerce

375. Les tiers en matière de publicité de la cession et de la location du fonds de commerce sont définis de façon assez atypique. A la différence de la notion de tiers en matière de publicité foncière, elle n'est pas réglementée par le législateur. Aucun texte ne lui est en effet consacré en dehors de quelques dispositions générales traitant des formalités de la publicité du fonds de commerce et de la location-gérance du fonds par voie de presse.

376. Selon l'article L. 141-17 du Code de commerce français, « l'acquéreur qui paie son vendeur sans avoir fait les publications dans les formes prescrites, ou avant l'expiration du délai de dix jours, n'est pas libéré à l'égard des tiers ». Ce texte indique que la publicité de la cession requise pour l'acquéreur a pour but de rendre opposable le paiement du prix à l'expiration du délai d'opposition. A la différence de la publicité foncière qui est une

condition d'opposabilité à l'égard des tiers, elle n'a pas pour but de leur rendre la cession opposable aux tiers et ne peut point régler le conflit entre deux acquéreurs successifs d'un même fonds. De ce fait, en cas de paiement du vendeur dans le respect des formalités, l'acquéreur n'est pas libéré à l'égard des tiers. Ces derniers peuvent lui demander de payer une deuxième fois : « le paiement prématuré du prix de vente par l'acquéreur d'un fonds de commerce peut contraindre cet acquéreur à payer le prix une seconde fois à la demande des créanciers du vendeur »¹⁰⁹⁹.

Compte tenu du but fixé à la publicité du fonds de commerce, tous les tiers y ayant intérêt n'ont pas nécessairement la qualité pour invoquer l'inopposabilité attachée au défaut d'accomplissement de la publicité du fonds de commerce. Seuls, les créanciers du vendeur sont autorisés à se prévaloir du défaut d'accomplissement de cette mesure de publicité. Les créanciers du vendeur peuvent, si les formalités de publicité ne sont pas accomplies, lui demander de payer une seconde fois. Cette faculté est ouverte non seulement aux créanciers chirographaires, mais également à ceux inscrits, qui ont intérêt à renoncer immédiatement à leur droit pour participer à la distribution du prix¹¹⁰⁰.

Les autres tiers ne sont, en revanche, pas recevables à invoquer l'inopposabilité du défaut d'accomplissement de la publicité du fonds de commerce, même s'ils y ont un intérêt. Tel est le cas du second acquéreur en date qui ne peut pas prétendre que la cession consentie antérieurement par son auteur à une tierce personne sur le même fonds lui est inopposable, au simple motif qu'elle n'a pas fait l'objet des formalités de publicité¹¹⁰¹. Ces tiers n'ayant pas la qualité pour se prévaloir du non-accomplissement de la publicité, il faut leur appliquer les règles issues du droit commun. Les conflits entre acquéreurs ou gérants successifs doivent, par conséquent, être tranchés en fonction des dates de conclusion des contrats concurrents.

377. Comme pour la cession du fonds de commerce, les créanciers du locataire-gérant peuvent demander la responsabilité solidaire du loueur s'il n'a pas accompli la forme de publicité. En effet, ils peuvent obtenir de lui le paiement des dettes contractées par leur débiteur à l'occasion de l'exploitation du fonds.

¹⁰⁹⁹ Cass. Com., 24 2005, pourvoi n° 01-15337, Bulletin. Voir aussi F. COLLART DUTILLEUL, RDC, 1 octobre 2005 n° 4, P. 1073.

¹¹⁰⁰ C.-Th, BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 123 ; Ch. BOUTRY, Le sort des créanciers du cédant lors de la vente d'un fonds de commerce, JCP et., N et I, n° 8, 23 février 2001, p. 478.

¹¹⁰¹ J. DOCLOS, *op. cit.*, n° 348.

378. Pour conclure cette sous-section, signalons que, afin de mettre en œuvre la sanction de l'inobservation de la forme de publicité, il est nécessaire de déterminer le tiers ayant le droit d'invoquer l'inopposabilité attachée au défaut de forme de publicité. Or, dans certains cas, cette règle n'est pas applicable lorsque la forme de publicité fait défaut.

§ 2. Les limites à l'inopposabilité de l'acte juridique non publié

379. Généralement, si la forme de publicité fait défaut, les tiers concernés peuvent invoquer l'inopposabilité attachée à l'inaccomplissement de la forme de publicité puisqu'elle est une condition d'opposabilité de l'acte juridique¹¹⁰². Toutefois, l'application de cette règle est loin d'être absolue. Il est des circonstances où le défaut d'accomplissement de la forme de publicité ne prive pas l'acte de son opposabilité aux tiers concernés ; c'est-à-dire que les assujettis peuvent bénéficier de la protection des règles de la forme de publicité, même s'ils n'accomplissent pas cette forme.

Pour savoir dans quelle mesure les tiers concernés ne peuvent pas se prévaloir de l'inopposabilité attachée au défaut d'accomplissement de la forme de publicité, il convient de rechercher les circonstances rendant la forme de publicité inutile à l'égard de ces tiers. Il s'agit alors des circonstances de la mauvaise foi (A) et de la renonciation des tiers (B).

A. La mauvaise foi des tiers écarte la sanction de l'inopposabilité

380. La mauvaise foi des tiers est la circonstance la plus habituelle qui les prive de leur faculté d'invoquer l'inopposabilité sanctionnant le défaut d'accomplissement de la forme de publicité, même s'ils ont normalement qualité pour le faire. On peut citer, à ce sujet, de nombreux exemples.

381. Premièrement, il convient de citer la mauvaise foi des tiers en matière de publicité foncière qui est un exemple caractéristique échappant à la sanction attachée au

¹¹⁰² V. *supra*, n° 359 et s.

défaut d’accomplissement de la forme de publicité¹¹⁰³. A ce propos, la jurisprudence française a connu une évolution significative en faveur de la connaissance effective des tiers. A l’origine, elle ne permettait pas au premier acquéreur d’invoquer l’inopposabilité de la vente non publiée du fait que le second acquéreur le connaissait¹¹⁰⁴. L’argument de cette décision s’appuyait sur le besoin de sécurité des transactions¹¹⁰⁵. Le principe de l’inopposabilité ne devait pas être remis en cause par des exceptions. Toutefois, cette règle a été assortie d’une atténuation. Dans la pratique, « le tiers connaît souvent la première vente parce qu’il est un complice du vendeur, lequel procède à accomplir les formalités de publicité en premier. Pour sanctionner ce genre de manœuvres, la jurisprudence a exigé la preuve d’un concert frauduleux entre le vendeur et le second acquéreur pour que la première vente, bien que non publiée, soit opposable à ce dernier »¹¹⁰⁶.

Dès les années 1960, la Cour de cassation française « a élargi l’atténuation initialement limitée à l’hypothèse d’un concert frauduleux. Elle s’est, d’abord, contentée d’une simple fraude du second acquéreur, sans requérir que le vendeur soit impliqué dans un concert frauduleux »¹¹⁰⁷. Ensuite, en 1968, la Cour de cassation, ayant abandonné toute référence à la fraude, s’est contentée d’une simple faute de la part du second acquéreur¹¹⁰⁸. Enfin, en 1974, elle a précisé que « l’acquisition d’un immeuble, en connaissance de sa précédente cession à un tiers, [était] constitutive d’une faute qui ne [permettait] pas au second acquéreur d’invoquer à son profit les règles de la publicité foncière »¹¹⁰⁹.

Cette solution peut s’expliquer par l’intermédiaire de la notion de faute sur le terrain de la responsabilité civile s’appliquant à la publicité foncière¹¹¹⁰. L’opposabilité de la première vente, non publiée, constitue la réparation en nature du préjudice. Néanmoins, certains auteurs

¹¹⁰³ M. BILLIAU, L’opposabilité des contrats relatifs aux droits réels, *in* Les effets du contrat à l’égard des tiers, Comparaisons franco-belges, éd., LGDJ, 1993, n° 42.

¹¹⁰⁴ Sur cette évolution en matière de publicité foncière : M. GOBERT, « La publicité foncière française, cette mal aimée », *in* Etudes Jacques FLOUR, Répertoire du notariat Défrénois, 1979, p. 207 et s. ; J. DUCLOS, L’opposabilité. Essai d’une théorie générale, éd., LGDJ, 1984, p. 439 et s.

¹¹⁰⁵ S. CORNULOUP, La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international, éd., LGDJ, 2003, n° 107.

¹¹⁰⁶ Par exemple, Req. 6 avril 1925 et 7 décembre 1925, D. H. 1926, I, 187, note SAVATIER.

¹¹⁰⁷ S. CORNULOUP, *op. et loc cit.*

¹¹⁰⁸ 3^e Civ. 22 mars 1968, D.1968, 412, note J. MAZEAUD ; JCP 1968.II.15587, note PLANCQEEEL ; RTD civ.1968, note BREDIN.

¹¹⁰⁹ Cass. Civ. 3^e, 30 janvier 1974, Defrénois, 1974, art. 30631, p. 638, note G. GOUBEAUX. V. aussi, S. CORNULOUP, *op. cit.*, n° 108.

¹¹¹⁰ *Ibid.*

estiment que le biais par la responsabilité n'est pas nécessaire pour aboutir à l'opposabilité de la première vente au second acquéreur. Il serait possible de dire que la bonne foi du tiers constitue une condition d'application des règles de la publicité foncière. Dans la mesure où le second acquéreur avait connaissance de la première vente, il est de mauvaise foi. Par conséquent, il suffit de constater que la connaissance personnelle aboutit à un même résultat, peu important les justifications qui soutiennent la jurisprudence prenant en compte la connaissance effective d'un tiers.

382. Deuxièmement, c'est le cas de la mauvaise foi des tiers en matière de publicité du contrat de mariage qui permet d'échapper à la sanction de l'inopposabilité attachée au défaut d'accomplissement de la forme de publicité. On le sait, le contrat de mariage ne peut être opposé aux tiers que s'il est mentionné dans l'acte de mariage. Cependant, cette règle est atténuée dans la mesure où ils connaissent l'existence du contrat de mariage passé entre les époux. De ce point de vue, l'article 1394, alinéa 3, du Code civil français précise : « si l'acte de mariage mentionne qu'il n'a pas été fait de contrat, les époux seront, à l'égard des tiers, réputés mariés sous le régime de droit commun, à moins que, dans les actes passés avec ces tiers, ils n'aient déclaré avoir fait un contrat de mariage ». Dans ce texte, il faut constater que même si la publicité n'a pas été accomplie par les assujettis, le contrat de mariage n'est pas sanctionné par l'inopposabilité aux tiers si ceux-ci connaissent l'existence de ce contrat.

De même, l'article 1397, alinéa 6, du même Code à propos du changement de régime matrimonial énonce que, pour changer de régime matrimonial, même en l'absence de mention dans l'acte de mariage, le changement n'en est pas moins opposable aux tiers si, dans les actes passés avec eux, les époux ont déclaré avoir modifié leur régime matrimonial¹¹¹¹. Ces textes indiquent donc la connaissance effective par le tiers de l'existence du contrat de mariage ou du changement de régime qui est une circonstance visant à échapper à la sanction de l'inopposabilité aux tiers¹¹¹².

383. La publicité des opérations de crédit-bail en matière mobilière est le troisième exemple pour expliquer la circonstance de la mauvaise foi des tiers que prévoit le droit français. C'est ainsi qu'aux termes de l'article R. 313-10 du Code monétaire et financier,

¹¹¹¹ Aux termes de l'article 1397, alinéa 6 du Code civil français, « le changement a effet entre les parties à la date de l'acte ou du jugement qui le prévoit et, à l'égard des tiers, trois mois après que mention en a été portée en marge de l'acte de mariage. Toutefois, en l'absence même de cette mention, le changement n'en est pas moins opposable aux tiers si, dans les actes passés avec eux, les époux ont déclaré avoir modifié leur régime matrimonial ».

¹¹¹² C.- T. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 199.

l'entreprise de crédit-bail « ne peut pas opposer aux créanciers ou aux ayants cause à titre onéreux de ses clients, ses droits sur les biens dont elle a conservé la propriété quand l'opération n' [était] pas publiée, sauf si elle établit que les intéressés avaient eu connaissance de l'existence de ces droits »¹¹¹³. A vrai dire, la sanction du défaut de publicité est clairement considérée comme étant la déchéance de l'opposabilité naturelle de l'acte. Cependant, lorsque les tiers sont de mauvaise foi, ils n'ont pas la faculté de se prévaloir du défaut de publicité¹¹¹⁴.

384. Le défaut de la publicité de l'acte juridique en matière de brevet d'invention illustre le quatrième exemple de cette hypothèse. Aux termes de l'article L. 613-9 du Code de la propriété intellectuelle, si tous les actes transmettant ou modifiant les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet doivent, sous peine d'inopposabilité, être inscrits au registre national des brevets, un tel acte peut néanmoins être « opposable aux tiers qui ont acquis des droits après la date de cet acte » et « qui avaient connaissance de celui-ci lors de l'acquisition de ces droits ». Comme pour le cas précédent, le législateur reconnaît ici expressément qu'il est possible de ne pas appliquer l'inopposabilité sanctionnant normalement le défaut de publicité dès lors que le tiers est de mauvaise foi.

385. Certains exemples nous permettent donc de constater que la mauvaise foi des tiers les prive de leur faculté d'invoquer l'inopposabilité attachée au défaut d'accomplissement de la forme de publicité. Autrement dit, ce défaut n'est pas sanctionné par l'inopposabilité aux tiers de l'acte non publié. Cette solution peut s'expliquer par la théorie de l'apparence en matière de formalisme de publicité¹¹¹⁵. Comme on le sait, la forme de publicité a pour finalité d'informer les tiers¹¹¹⁶ ; de cette sorte, elle ne présente d'utilité pour les tiers que si ces derniers ne sont pas déjà informés de la réalité juridique. Si le tiers a eu, de façon certaine, connaissance de cette réalité, il n'est alors plus nécessaire de sanctionner à son égard le défaut d'accomplissement de la forme de publicité. De ce fait, on peut estimer que les tiers ont été suffisamment protégés et que le jeu de la sanction de l'inopposabilité est dépourvu

¹¹¹³ V. Pour un exemple d'application, Com., 11 février 1997, D. aff. 1997, p. 348. La preuve de cette connaissance pourra être facilitée par l'accomplissement d'autres publicités, de fait ou légales. Le crédit-bailleur peut ainsi se prévaloir de l'apposition de plaques à son initiative sur le matériel loué pour établir que le tiers ne pouvait ignorer l'existence de ses droits. Il peut aussi invoquer la publicité comptable du crédit-bail, laquelle incombe au preneur. V. en ce sens : J. DUCLOS, *op. cit.*, n° 424 et 425 ; C.-T. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 210, p. 144 ; E.-M. BEY, De la publicité des opérations de crédit-bail mobilier, JCP éd., N. 1974, I, n° 2549.

¹¹¹⁴ C.-T. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 210.

¹¹¹⁵ S. CORNELOUP, La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé, éd., LGDJ, 2003, n° 107 et s.

¹¹¹⁶ V. *supra*, n° 341 et s.

d'opposabilité. Autrement dit, la mauvaise foi des tiers doit être analysée comme une circonstance de nature à rendre la forme de publicité inutile à leur égard. C'est pourquoi, le droit français ne permet pas aux tiers de bénéficier de la protection des règles de forme de publicité pour cette hypothèse.

Cette solution paraît aussi légitime d'un point de vue moral. La forme de publicité ne doit pas constituer une prime à la mauvaise foi, conduisant à des solutions qui favoriseraient la déloyauté des tiers. En effet, il ne faut pas encourager leur hypocrisie, étant parfaitement informés de la réalité juridique et feignante de la méconnaître. On ne saurait autoriser un tiers à agir en connaissance de cause et à prétendre ensuite tout ignorer en invoquant l'inaccomplissement de la forme de publicité prévue par la loi. L'attitude artificielle ainsi adoptée nuirait certainement à la sécurité des relations juridiques en justifiant des comportements malhonnêtes.

B. Les autres circonstances permettant d'échapper à la sanction de l'inopposabilité

386. En général, l'inobservation de la forme de publicité est sanctionnée par l'inopposabilité aux tiers lorsqu'ils sont de bonne foi. Autrement dit, ceux-ci ne peuvent pas évoquer l'inopposabilité attachée au défaut d'accomplissement de la forme de publicité s'ils sont de mauvaise foi. C'est la première circonstance qui permet d'échapper à la sanction de l'inopposabilité aux tiers de l'acte juridique, que l'on a précédemment décelée. De son côté, d'autres circonstances autorisent également les assujettis à éviter de sanctionner une telle inopposabilité. Il s'agit alors de la prescription extinctive et de la renonciation des tiers.

387. Comme tout droit d'agir en justice, la faculté d'invoquer l'inopposabilité fait l'objet d'une prescription extinctive. Le tiers concerné ne peut invoquer l'inopposabilité de l'acte non publié dans le délai de la prescription¹¹¹⁷. En dehors de ce délai, il ne se prévaut pas de l'inopposabilité attachée au défaut d'accomplissement de la forme de publicité. Tel est le cas du créancier qui ne pourra plus bénéficier de la protection résultant de la sanction de l'inopposabilité lorsque son droit de créance aura été éteint par prescription.

L'inopposabilité peut disparaître également par extinction du droit du tiers, mais par consolidation du droit de l'assujetti. Ainsi, un tiers ne peut pas soulever l'inopposabilité de

¹¹¹⁷ D. BASTIAN, Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, thèse, Paris, 1929, p. 107.

l'acte d'acquisition non publié à l'encontre de l'acquéreur d'un immeuble devenu propriétaire incommutable par le biais de la prescription acquisitive. Dans ces deux cas, on constate que le défaut d'accomplissement de la forme de publicité échappe à la sanction de l'inopposabilité aux tiers.

388. La renonciation des tiers les prive également de leur faculté d'invoquer l'inopposabilité. Cela signifie que l'acte juridique non publié n'est pas sanctionné par l'inopposabilité aux tiers. La forme de publicité, comme on l'a envisagé, est destinée à protéger les tiers, qui n'est, en ce sens, pas d'ordre public¹¹¹⁸. Ainsi, le tiers peut renoncer à invoquer l'inopposabilité sanctionnant le défaut d'accomplissement de la forme de publicité. Cette renonciation suppose la capacité du tiers et peut intervenir postérieurement ou antérieurement à la naissance du droit à l'inopposabilité. Ce sujet peut, notamment s'il est capable, renoncer par avance à l'inopposabilité d'une hypothèque non inscrite. Il n'y a alors aucune raison de ne pas valider ce renoncement pour imposer au tiers une protection qu'il refuse en connaissance de cause.

Toutefois, si la renonciation est valable quel que soit le moment où elle est consentie, c'est à condition qu'elle vise un acte déterminé. Un tiers ne peut pas ainsi s'engager de façon générale à respecter tous les actes de son auteur qui n'auraient pas été publiés. Un engagement de ce type doit être tenu pour nul dans la mesure où le tiers ne peut, exactement se rendre compte des conséquences de sa renonciation. De plus, la forme de renonciation au bénéfice de l'inopposabilité peut être expresse ou tacite. Mais il est assez rare, en pratique, qu'un tiers renonce expressément à cette protection. Le plus souvent, la renonciation doit être déduite, en l'absence de déclaration expresse du tiers, de certains éléments de fait. Le problème est alors de déterminer quels sont ces éléments susceptibles de fonder une telle renonciation tacite. Mais on observe que cette circonstance reste purement théorique en l'absence d'une décision de la jurisprudence.

389. En conclusion de ce chapitre consacré à la forme de publicité en droit français, on peut confirmer qu'elle est une condition d'opposabilité aux tiers de l'acte juridique. Elle peut revêtir différents aspects, soit une condition d'opposabilité d'ordre, soit une condition d'opposabilité simple. Elle permet aux acteurs directs assujettis de résoudre des conflits de droits concurrents ou d'invoquer l'efficacité des éléments juridiques concernés en dehors de tout conflit de ce type. A ce titre, elle se distingue des autres mesures de publicité dont le

¹¹¹⁸ D. BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, thèse, Paris, 1929, p. 101 ; A. WEILL, note sous Toulouse, 7 novembre 1950, D. 1952, p. 236.

défaut n'est pas sanctionné par l'inopposabilité, comme les publicités obligatoires et les publicités facultatives.

La forme de publicité est un instrument juridique ayant pour but d'informer les tiers de l'acte juridique, ainsi que de les protéger. Par voie de conséquence, son inobservance doit être sanctionnée par l'inopposabilité de l'acte non-publié aux tiers. Néanmoins, il est nécessaire d'observer que cette sanction n'est pas absolue. La loi permet aux assujettis d'y échapper grâce à certaines circonstances telles que la mauvaise foi du tiers, ou la renonciation et l'extinction du délai d'agir en justice.

Conclusion générale

390. Après cette étude comparative sur le formalisme du contrat en droits français et vietnamien, l'on peut noter à propos de ce thème, certains points importants dans les deux droits.

Le principe, en droit contemporain, est que le contrat se conclut par le seul accord de la volonté des parties, sans avoir besoin de formes déterminées. Pour cette raison, il s'avère mieux adapté aux échanges de l'économie complexe. Toutefois, ce principe peut, dans certains cas, soit aboutir à un engagement à la légère, soit favoriser des manœuvres frauduleuses d'un contractant parce que les forces entre contractants sont très inégales. En réalité, la théorie des vices du consentement n'est plus considérée comme suffisante pour garantir seule l'utilité et la justice du contrat conclu. Cependant, on constate que le formalisme peut rééquilibrer les relations contractuelles en renforçant l'information des parties et des tiers et en les incitant à la réflexion.

391. Il s'agit, tout d'abord, du formalisme accentué. La forme constitue ici une condition supplémentaire de formation du contrat venant s'ajouter aux conditions de fond. Ce groupe comprend deux catégories : l'accomplissement d'une solennité pour le contrat solennel et la remise de la chose pour le contrat réel.

En droit français, la forme solennelle du contrat solennel est une forme requise pour l'extériorisation du consentement des parties, à peine de nullité, de sorte qu'elle n'est pas susceptible d'être régularisée. Au contraire, en droit vietnamien, elle concerne le contrat en son ensemble en ce sens qu'elle peut être réparée en cas de défaut. Ainsi, le contrat solennel ne sera frappé de nullité que dans la mesure où les parties ne réparent pas le vice de forme solennelle pendant un délai prévu par la loi. Cette solution du droit vietnamien se distingue de celle du droit français puisque, pour ce dernier, la nullité est prononcée si la forme solennelle n'a pas été remplie par les parties et il ne leur est pas permis de réparer le défaut de forme solennelle.

Quant à la catégorie des contrats réels, qui fait l'objet d'une contestation au sein de la doctrine française, elle remonte au droit romain. D'après ses partisans, ce sont des contrats formalistes, unilatéraux, dont la formation dépend de la remise de l'objet du contrat. Ses détracteurs soutiennent qu'ils sont consensuels et synallagmatiques et la remise de la chose ne serait que le premier acte d'exécution du contrat. Nous soutenons, pour notre part, qu'il existe

une catégorie de contrats réels en droit moderne dont la remise de la chose constitue une condition supplémentaire de formation du contrat, ayant pour finalité de renforcer la densité du consentement des parties. Elle est le fruit d'une évolution progressive de la catégorie des contrats réels en droit romain. Dans cette catégorie, on ne voit pas beaucoup d'aspects différents entre les deux systèmes juridiques.

392. Ensuite, fut analysé le formalisme atténué : la forme ne constitue qu'une condition d'efficacité du contrat. En effet, le défaut d'accomplissement d'une telle forme n'entraîne pas la nullité du contrat, mais l'inefficacité juridique à un degré quelconque, puisque cette forme ne concerne pas l'extériorisation du consentement des parties. Dans ce formalisme, l'on constate une distinction notable entre le droit français et le droit vietnamien car ce dernier ne reconnaît pas le formalisme atténué du contrat. En droit vietnamien, la preuve des actes est libre et la forme de publicité est rangée parmi les formes solennelles du contrat.

La forme probatoire est une forme requise pour prouver l'existence et le contenu d'un acte juridique dont l'objet excède 1500 euros. A défaut de preuve préconstituée, le contrat n'est pas prouvé par témoins ou présomption, mais peut être établi par aveu et par serment. Exceptionnellement, la preuve testimoniale est admise ; elle vise à compléter un commencement de preuve par écrit ou bien elle joue en cas d'impossibilité d'établir une preuve préconstituée ; elle joue encore en matière commerciale. Dans ces cas, il s'agit d'exceptions aux règles de preuve préconstituée de l'article 1341 du Code civil français.

La forme de publicité est imposée pour informer les tiers de l'existence de l'acte juridique dont le défaut est sanctionné par l'inopposabilité de l'acte aux tiers. Néanmoins, il faut constater que cette règle ne s'applique pas en certaines circonstances telles celles tenant à la mauvaise foi des tiers, à leur renonciation au droit d'invoquer l'inopposabilité attachée au défaut d'accomplissement de la forme de publicité, ou au jeu de la prescription extinctive.

393. Finalement, nous soutenons que le formalisme actuel ne peut pas être considéré comme une exception au consensualisme, mais véritablement comme un instrument légal de sécurité juridique en raison des finalités qui sont les siennes, au premier rang desquelles figure la nécessité de garantir la sécurité contractuelle.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux, traités, manuels et cours

A. En droit français

AUBRY (C.) et RAU (C.), Cours de droit civil français, T. 12, par Bartin ; Droit civil français, Les obligations, t. IV, 6^e éd. par BARTIN, 1942 ; Droit civil français, t. VIII, par A. Ponsard 7^e éd., Librairies techniques, 1973.

BAUCRY-LACANTINERIE (G.) et WAHL (A.), De la société, du prêt, du dépôt, éd., Paris, 1898.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et WAHL (A.), Traité théorique et pratique de droit civil, t. XXIII, De la société, du prêt, du dépôt : 3^e éd., 1907.

BENABENT (A.), Droit civil, Les obligations, 12^e éd., Montchrestien, 2010.

BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Cours de droit civil français, t. 12,.

BLAISE (J.-B.), Droit des affaires, Commerçants, Concurrence, Distribution, 5^e, LGDJ, 2009.

BOUDOT (M.), Rép. Civ. Dalloz., V. Bien de famille, 2008.

CARBONNIER (J.), Droit civil, Les biens, Les obligations, 1^e « Quadrige », éd., PUF, 2004 ; Droit civil, t. IV, Les obligations : Coll. Thémis Droit privé, PUF, 22^e, éd., Paris 2000.

COLOMER (A.), Droit civil, Régimes matrimoniaux, 12^e, éd., Litec, 2004 ; Rép. civ. Dalloz, Don manuel, 2010, n° 106.

CORNU (G.), Vocabulaire juridique, 8^e, éd., PUF, 2008.

CROCQ (P.), Rép. civ. Dalloz., V. Gage, 2007.

DELVINCOURT (M.), Institutes de droit civil français, T. III, 2^e, éd., Greffier, Paris, 1809.

DEMOLOMBE (C.), Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, T. I, 1^e éd., Durant § Hachette, 1868 ; Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, T. 1, 1^e, éd., Durand § Hachette, Paris, 1868.

DERRUPPE (J.), Rép. Com. Dalloz, V. Fonds de commerce.

ESCARRA (J.), ESCARRA (E.) et RAULT (J.), Traité théorique et pratique de droit commercial, les contrats commerciaux par J. HEMARD, 1953.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, 14^e, éd., Sirey, 2010.

FOURNIER (A.), Rép. Civ. Dalloz, V., Publicité foncière, 2010, n° 100.

GHESTIN (J.), Traité de droit civil, La formation du contrat, 3^e, éd., LGDJ, 1993.

GIBIRILA (D.), Rép. Com. Dalloz. V. Lettre de change, 2009.

GRUA (Fr.), CAYROL (N.), J.-Cl. Art. 1874, Fasc. unique.

GRYNBAUM (L.), Rép. com. Dalloz, V. Preuve.

GUEVIEL (D.), Art. 1341 à 1348, Fasc., 40, Contrats et obligations, Preuve testimoniale, Liberté des preuves en matière commerciale.

GUYON (Y.), Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés, éd., Economica, 11^e, 2001.

HOUTCIEFF (D.), Rép. Com. Dalloz., V. Actes de commerce.

HUET (J.), Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, 2^e, éd, LGDJ, 2001.

KENFACK (H.), Rép. Civ. Dalloz., V. Location-gérance de fonds de commerce, éd., 2010.

LAROMBIERE (L.), Théorie et pratique des obligations, éd, Pedone-Lauriel, Paris, T. I, 1885.

LARROUMET (Ch.), Droit civil, Les obligations, Le contrat, t. 3, 6^e, éd., Economica, 2007.

LAURENT (F.), Principes de droit civil, Bruyant-Christophe, Bruxelles, T. XXVII, 2^e, éd, 1877.

LEGIER (G.), J. - CL, Contrats – Distribution, Fasc. 100.

MAGNIN (F.), J.-Cl, Civil annexes, V. Publicité foncière, Fasc., 36, 37.

MAINGUY (D.), RESPAUD (J.-L.), Droit des obligations, Cours magistral, Collection dirigée par M.-L. RASSAT et G. ROUJOU de BAOUBEE, éd., Elipses, 2008, n° 168.

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), Les contrats spéciaux, éd., Defrénois, 2007.

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), Les obligations, 4^e, éd., Defrénois, 2009.

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), STOTTEL-MUNCK (Ph.), Les obligations, 3^e, éd., Defrénois, 2007.

MALINVAUD (Ph), FENOUILLET (D.), Droit des obligations, 11^e, éd., Litec, 2010.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), Droit civil, Les obligations, t. II, 2^e, éd., Sirey 1988.

MOURALIS (J.-L.), Rép. Dalloz. Civ., V. Preuve.

LOUDIN (M.), J.-CL, Civil Code Art. 1341 à 1348, Fasc. 20, 30.

PEDAMON, Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce, 2^e, éd., D, 2000.

PICOD (Y.), Rép. Civ. Dalloz, V. Nullité, 2010.

PIEDELIEVRE (S.), Rép. Civ., V. Antichrèse, 2005.

PLANIOL (M) et RIPERT (G.), Traité pratique de droit civil français, t. 5, 2^e, éd, LGDJ., 1952 ; Traité pratique de droit civil français, t. 11, par SAVATIER, éd., LGDJ, 1932.

QUENAUDON (R.), J.-Cl. Civil Code, Art. 1915- 1920, Fasc. Unique.

RIEPERT (G.) et BOULANGER J.), Traité de droit civil d'après le traité de PANIOL, t. IV, 1959.

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), Traité de droit commercial, t. 1, 17^e, éd., LGDJ, 1998, par M. GERMAIN et L. VOGEL.

RODIERE (R.), DELEBECQUE (Ph.), Rép. Civ. Dalloz, V. Dépôt, 2010.

RODIERE (R.), Rép. civ. Dalloz., V. Dépôt.

ROLAND (H.) et BOYER (L.), Adages du droit français, 4^e, éd., Litec, 1999.

SELLIER (Y.), Rép. Trav, V. Apprentissage.

SOHM-BOUGEOIS (A.-M.), Rép. Civ. Dalloz, V. Prescription extinctive, 2010.

STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), Droit civil, Les obligations, 2. Contrat, 6^e, éd., Litec, 1998.

STORCK (M.), J.- Cl. Civil Code, Art. 1398 et 1399.

TERRE (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), Droit civil, Les obligations, 10^e, éd., Dalloz, 2009.

TOULLIER (M.), Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil, T. VI, Paris, éd., 1821.

VIGIE (A.), Cours élémentaire de droit civil français, Rousseau, Paris, T. III, 1892.

WEIL (A.), TERRE (Fr.), Droit civil, Les obligations, éd., Dalloz, 1980.

HAMEL (J.), LAGARDE (G.) et JAUFFRET (A.), Traité de droit commercial, t. 2, éd., Dalloz, 1966.

B. En droit vietnamien

CAMERLYMCK (G.- H.), Cours de droit civil annamite, éd., Sirey, 1938.

DARRAS (M.), Le nouveau Code civil de Tonkin 1931, éd., Domat Montchrestien.

DINH Trung Tung, Commentaires du Code civil, édition judiciaire, 2005.

DO Van Dai, Droit des contrats vietnamien, Arrêts et leurs commentaires, 2^e. éd., Politique nationale, 2009.

DÜRRWELL (G.), Doctrine et jurisprudence en matière civile indigène, éd., Saigon, 1900.

LURO (E.), Cours d'administration, éd., Saigon, 1875 ; Pays d'Annam, 2^e, éd., Leroux, 1897.

MIRABEN (A.), Précis de droit annamite et de jurisprudence en matière indigène, éd. E Plon Nourrit, 1896.

NGUYEN Cong Binh, Manuel de droit de la procédure vietnamienne, édition judiciaire, 2005.

NGUYEN Ngoc Dien, commentaire des contrats spéciaux du droit civil vietnamien, éd., Jeunesse, 2005.

NGUYEN Ngoc Khanh, Le contrat du Code civil vietnamien, édition judiciaire, 2007.

PHILASTRE (P.-L.-F.), Etudes sur le droit annamite et chinois, Le Code annamite, 2^e, éd., Paris Ernest-Leroux, 1909.

PHILASTRE, Code annamite, 2^e, éd, Ernest Leroux, 1909.

SCHREINER (A.), Les institutions annamites en Basse - Cochinchine avant la conquête française, éd., Saigon, 1900.

SIVESTRE (P. –J.), Considération sur l'étude du droit annamite, 2^e, éd., Saigon, 1922.

II. Monographies, thèses et mémoires

A. En droit français

AUBERT (J.-L.), La responsabilité civile des notaires, 5^e, éd., Defrénois, 2008.

BARREAU-SALIOU (C.-Th.), Les publicités légales, Information du public et preuve des actes, éd., LGDJ, 1990, n° 2 ;

BART (J.), Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle, 2^e, éd., Montchrestien, 2009.

BASTIAN (D.), Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, thèse, Paris, 1929, p. 107.

BECQUE-ICKOWICZ (S.), Le parallélisme des formes en droit privé, éd., Panthéon Assas, 2004.

BENABENT (A.), Droit civil, Les obligations, 12^e, éd., Montchrestien, 2010, n° 119 ; P.

BITOUZE (A.), Le double aspect de la publicité foncière, institution civile et institution de police, thèse, Faculté de droit, Université de Rennes, 1960.

BOURRIER (Ch.), La faiblesse d'une partie au contrat, éd, Bruyant, 2003.

BRIDOUX (J.-L.), La pluralité des dates de signature de l'acte notarié. Mémoire DSN, Lille II, 1982.

BROSSOLLES (P.), Théorie et pratique des dons manuels, éd, A. Rousseau, 1885.

CASBASSE (J.-M.), Manuel d'introduction historique au droit, 3^e, éd., PUF, 2009, n° 21.

CAZELE (P.), De l'idée de continuation de la personne, thèse, Paris, 1905 ;

CHAMOUX (F.), La preuve dans les affaires : de l'écrit au microfilm, éd., Litec, 1979, p. 33.

CHEVALIER (J.), La charge de la preuve, Cours de droit civil approfondi, éd., Cours de droit, 1958-1959.

CHEVREAU (E.), MAUSEN (Y.), BOUGLE (C.), Introduction historique au droit des obligations, éd., Litec, 2007.

CLAUX (J.-P.), La continuation de la personne du défunt par l'héritier, thèse Paris, 1969.

COCHEREL (M.), Les techniques légales d’opposabilité, Essai d’une théorie générale, thèse, Université de Paris 1, 2003.

COCHEREL (M.), Les techniques légales d’opposabilité, Essai d’une théorie générale, thèse, Paris 1, 2003.

CORNELOUP (S.), La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé, éd., LGDJ, 2003.

COUTURIER (G.), La confirmation des actes nuls, éd., LGDJ., 1972.

DAGOT (M.), Les sûretés, éd., PUF, coll. Thémis, 1981.

DELAPORTE (V.), Recherche sur la forme des actes juridiques en droit international privé, thèse, Université de Paris I, 1974.

DEROUSSIN (D.), Histoire du droit des obligations, éd., Economica, 2007, p. 112 et s.

DEVINCOURT (M.), Instituts de droit civil français, Greffier, Paris, T. III, 2^e éd, 1809, p. 245.

DUCLOS (J.), L’opposabilité, Essai d’une théorie générale, éd., LGDJ, 1984.

ESMEIN (A.), Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français, éd., Paris, 1883.

EYRAUD (A.-F.), Le contrat réel, Essai de renouveau par le droit des biens, thèse, Université de Paris 1, 2003.

FENET (P.-A.), Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, T. II, *XIV*, 1836.

FLOUR (J.) et SOULEAU (H.), Les successions, Libéralités, 5^e éd., Montchrestien, 1999.

FLOUR (J.), **CHAMPENOIS (G.)**, Les régimes matrimoniaux, 2^e éd., Armand Colin, 2001.

FORRY (V.), Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, éd., LGDJ, 2007.

GAUDEMET (J.), Droit privé romain, 2^e éd., Montchrestien, 2000.

GAZZANIGA (J. –L.), Introduction historique au droit des obligations, éd., PUF, 1992.

GENY (F.), Science et technique en droit privé positif, t. 3, éd., Sirey, 1921.

GHESTIN (J.), **GOUBEAUX (G.)**, **FABRE-MAGNAN (M.)**, Traité de droit civil, Introduction générale, 4^e éd., LGDJ, 1994.

GIFFARD (A.-E.), **VILLERS (R.)**, Droit romain et ancien droit français, 4^e éd., Dalloz, 1976.

- GIGUENET-MAUREL (C.)**, Le devoir de conseil des notaires, éd, Defrénois, 2006.
- GIRARD (A.-E.)**, Manuel élémentaire de droit romain, 8^e, éd., Par F. SENN, Paris, 1929.
- GRIMALDI (M.)**, Succession, 6^e, éd., Litec, 2001.
- GUERRIERO (M.-A.)**, L'acte juridique solennel, éd., LGDJ, 1974.
- GUTTON (A.-O.)**, La publicité des faits juridiques, thèse, Université de Clermont, 1976.
- HOUIN (R.)**, La distinction de contrats synallagmatiques et unilatéraux, thèse, Paris, Faculté de droit, 1937.
- HOUIN (R.)**, La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux, thèse, Paris, Faculté de droit, 1937.
- HU YAN MUNG**, Etude philosophique et juridique de la conception de Ming et de Fen dans le Droit, éd., Paris, 1932.
- JALLU (V.)**, Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe de transmission à caractère universel, thèse, Paris, 1902.
- JAPIOT (R.)**, Des nullités en matière d'actes juridiques : essai d'une théorie nouvelle, éd., LGDJ, 1909.
- JHERING (B.)**, L'esprit du droit romain dans les diverses phrases de son développement, éd., A. Marescq, 1877.
- KHALIL (M.-S.)**, Le dirigisme économique et les contrats, éd., LGDJ, 1967.
- LARROUMET (Ch.)**, Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé, t. 1, 5^e éd., Economica, 2006.
- LEGEAIS (R.)**, Les règles de la preuve en droit civil, permanence et transformations, thèse, Poitiers, 1954.
- LEPOINTE (G.) et MONIER (R.)**, Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français, éd, Sirey, 1954.
- LESERGENT (E.)**, La pratique notaire orléanaise, de la coutume au Code civil ; Les contrats de mariage orléanais de 1650 à 1850, thèse, Paris II, 2006.
- LEVY (J.-Ph.)**, **CASTALDO (A.)**, Histoire du droit civil, 2^e, éd., Dalloz, 2010.
- LEVY (J.-Ph.)**, Histoire des obligations, Cours de droit en 1978.

LIMBACH (F.), Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, de l'utilité du concept de déclaration de volonté, éd., LGDJ, 2004.

MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), Les sûretés, La publicité foncière, par L. AYNES, 4^e, éd., Defrénois, 2009.

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), Introduction générale, 2^e, éd., Defrénois, 2005.

MALAURIE (Ph.), et AYNES (L.), Succession, Libéralités, éd., Cujas, 2000.

MALINVAUD (Ph.), Introduction à l'étude du droit, 12^e éd., Litec, 2008.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière, 2^e, éd., par Ph. JESTAZ, Sirey, 1988.

MAZEAUD (H. et L.), MAZEAUD (J.) et CHABAS (Fr.), Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit, 12^e éd., Montchrestien, 2000.

MAZEAUD (H.), La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit de l'article 1347 du Code civil, thèse, Lyon, 1921.

MAZEAUD (H.-L.), MAZEAUD (J.), CHABAS (F.), Leçon de droit civil, Successions - Libéralités, 4^e éd, Montchrestien, 1999.

MESTRE (J.), La subrogation personnelle, éd., LGDJ, 1979.

MESTRE (J.), PUTMAN (E.), BILLIAU (M.), Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles, éd., LGDJ, 1996.

MOENECLAYE (P.), De la naissance du formalisme dans les obligations civiles et commerciales françaises, thèse, Lille, 1914.

MONTREDON (J.-F.), La désolennisation des libéralités, éd, LGDJ, 1989.

NICOD (M.), le formalisme en droit des libéralités, thèse, Université de Paris XII, 1996.

PACILLY (G.), Le don manuel, éd., Dalloz, 1936.

PERRIN (X.), La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques, Essai d'une théorie en droit français, thèse Dion, 1911.

PERROT (R.), De l'influence de la technique sur le but des institutions, Thèse, Paris, 1947.

PETERKA (N.), Les dons manuels, éd., LGDJ, 200.

PIEDELIEVRE (J.), Des effets produits par les actes nuls, thèse Paris, 1914.

PIEDELIEVRE (S.), Traité de droit civil, La publicité foncière, sous la direction de J. GHESTIN, éd., LGDJ, 2000.

PLESNILA (C.-C.), Analyse critique de la catégorie des contrats réels, éd., L. LAROSE et L. TENIN, 1910.

PONSARD (A.), Les donations indirectes en droit civil français, thèse, Dijon, 1946.

POTHIER (R.-J.), Ouvres complètes, Tome 7, Traités du Contrat de mariage et de la puissance du mariage, Paris, 1882.

ROLAND (H.), **BOYER (L.)**, Introduction au droit, éd., Litec, 2002.

ROUHETTE (G.), Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris, 1965.

ROUXEL (R.), Recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes juridiques, thèse, Université de CAEN, Faculté de droit, 1934.

SALEILLES (R.), De la déclaration de volonté, éd., Paris, 1909.

SAUNIER (S.), Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français, éd., Presses universitaires d'Aix-marseille, 2005.

SILZ (E.), Définition de la forme des actes au point de vue de l'application de la règle « *locus regit actum* » en droit international privé, thèse, Paris, 1929.

SIMLER (Ph.), **DELEBECQUE (Ph.)**, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, 5^e, éd., Dalloz, 2009.

SIMLER (Ph.), La nullité partielle des actes juridiques, éd, LGDJ, 1969.

TERRE (Fr.), Introduction générale au droit, 7^e éd., Dalloz, 2009.

TERRE (Fr.), **LEQUETTE (Y.)**, Droit civil, Les successions, Les libéralités, 3^e, éd., Dalloz, 1997.

TERRE (Fr.), **SIMLER (Ph.)**, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, 5^e, éd., D, 2008.

THERY (Ph.), Sûretés et publicité foncière, 2^e, PUF, 1998.

THULLIER (B.), L'autorisation, Etude de droit privé, éd., LGDJ., 1996.

TROPLONG, Droit civil expliqué, Donations entre vifs et testaments, Paris, 1855.

VILLEY (M.), Leçons d'histoire de la philosophie du droit, rééd., Dalloz, 2002.

B. En droit vietnamien

AQUARONE (P.), Les sûretés immobilières en Indochine, Essai théorique et critique, éd., Domat Montchrestien, 1936.

DANG Trinh Ky, Le nantissement des personnes dans l'ancien droit annamite, éd., Domat Montchrestien, 1933.

FRIESTEDT (S.), Les sources du Code civil de Tonkin, thèse, Paris, éd., Domat Montchrestien, 1935, p. 188.

LEPAGE (F.), Le contrat de vente en droit annamite, éd., Domat - Montchrestien, 1937.

NGUYEN Chanh Tam, Le Code de LE et le Code de NGUYEN étaient –ils des Codes nationaux ? *In* Histoire de la codification juridique vietnamienne, éd, Facultés de droit de Montpellier 2001, p. 200.

NGUYEN Manh Tuong, L'individu dans la vieille cité annamite, Essai de synthèse sur le Code des LE, éd., Presse, 1932.

PHAM Quang Dau, Les principes fondamentaux du nouveau Code civil annamite de 1931, éd., Librairie de l'université de Bordeaux, 1933.

TRAN Van Chuong, Essai sur l'esprit du droit sino - annamite, éd., LGDJ, 1922.

III. Articles

A. En droit français

AMMAR (D.), Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve technologique, RTD civ., 1993, p. 518.

ATTUEL-MENDES (L.), Protection générale et spéciale du consentement en matière de vente d'immeuble à construire, RDI, 2007, p. 379.

AUBERT (J.-L.), Le formalisme, Rapport de synthèse, in Journée en l'honneur de Jacques FLOUR, Association Henri Capitant, Defrénois, 15 août 2000, n° 15-16, p. 931.

AUGE (G.), Le contrat et l'évolution du consensualisme chez GROTIUS, éd., Sirey, 1968, p. 99 et s., *in* Archives de philosophie du droit T. XIII sur les notions du contrat, p. 99- 114.

AYNES (L.), Le formalisme et prévention, *in* Le droit du crédit au consommateur, Ouvrage collectif sous la direction et avec une préface de I. FADLALLAH, éd., Litec, 1982, p. 63 ; Le projet de réforme du droit des sûretés, RLDC, n° 03/2006, n° 25.

BACHASSON (G.), L'obligation d'indication de sa qualité par le locataire gérant depuis le décret du 14 mars 1986, *Gaz. Pal.* 1990.2, *Doctrine*, 423.

BEAUBRUN (M.), La notion de consommateur de crédit, *in* *Le droit du crédit au consommateur*, Travaux de la conférence d'agrégation, sous la direction de I. FADLALAH, éd., Litec, 1982, p. 7.

BERNARD (A.), L'autorisation administrative et le contrat de droit privé, *RTD. Com.*, 1987, p. 2.

BEZARD (P.), Bicentenaire du Code civil : le Vietnam, *in* *Le Code civil 1804 – 2004*, Livre du bicentenaire, éd., Dalloz-Litec, 2004.

BILLIAU (M.), L'opposabilité des contrats relatifs aux droits réels, *in* *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, Comparaisons franco-belges, éd., LGDJ, 1993, n° 42.

BOUJEKA (A.), La conversion par réduction : contribution à l'étude des nullités des actes juridiques formels, *RTD com.* 2002, p. 223, n° 19.

BOUTRY (Ch.), Le sort des créanciers du cédant lors de la vente d'un fonds de commerce, *JCP et.*, N et I, n° 8, 23 février 2001, p. 478.

BRASSEUR (P.), Le formalisme dans la formation des contrats, approches de droit comparé, *in* *Le processus de formation du contrat*, Centre de droit des obligations, éd., LGDJ, 2002, n°23, p. 627 ;

BRENNER (C.) et LECUYER (H.), La réforme de la prescription, *JCP E*, 12 février 2009.

CALAIS-AULOY (J.), L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des obligations, *RTD civ.* 1994.239.

CHARTIER (Y.), La preuve commerciale après la loi du 12 juillet 1980, *in* *Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle*, Etudes offertes en l'honneur de M. JUGLART, éd., Montchrestien, 1986, p. 95, n° 9.

COLLART DUTILLEUL (F.), Conditions de l'opposabilité aux créanciers du vendeur du paiement du prix effectué par l'acquéreur d'un fonds de commerce, *RDC*, 2005, p. 1073.

COMBERCURE (M.-F.), Existe-t-il des contrats réels en droit français ? *Revue critique de la législation et de la jurisprudence*, 1903.477 et s.

CORBISIER (I.), Les différents tiers au contrat, *in* Les effets du contrat à l'égard des tiers comparaisons franco-belges, sous la direction M. FONTAINE et J. GHESTIN, éd., LGDJ, 1993, n° 4, p. 101.

CORINNE (B.), Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, RLDC, 2011, n° 82, p. 69.

CORNU (G.), Le fond et la forme dans le droit de la famille, *Revue Annales de droit de Louvain*, t. XLIX, 1/1989, p. 261.

COUTURIER (G.), Les finalités et les sanctions du formalisme, *Defrénois*, 15 août 2000, n° 15-16, p. 880.

DAGOT (M.), Le certificat notarial préuptial, *JCP éd. G* 1977, 1, 2838.

DAURIAC (I.), Forme, preuve et protection du consentement, *in* Ruptures mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle ROBERT, éd. Economica, 2004, p. 405.

DEBEAURAIN (A.), Les formes modernes du don manuel, *JCP éd., N et I*. 1979. I. p. 267

DEBEAURAIN (J.), Les dons modernes de don manuel, *JCP N et I*, 1979.I. p. 278.

DECOOPMAN (N.), La notion de mise à disposition, *RTD. Civ.*, 1981, n° 5 et s., p. 302.

DENIS, Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil, *RTD civ.* 1977. 671.

DEPADT-SEBAG (V.), Les conventions sur la preuve, *in* La preuve, sous la direction de C. PUIGELIER, éd., Economica, 2004, p. 13 et s.

DUFOUR (O.), L'acte contresigné par un avocat est né ! *LPA*, 30 mars 2011, n° 63, p. 3.

FAUVARQUE-COSSON (B.), Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2512.

FERRIER (D.), La preuve et le contrat, *in* Mélanges Michel CABRILLAC, éd., Litec, 1999, p. 105.

FLOUR (J.), Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, *in* Mélanges de RIPERT, t. 1, éd, LGDJ, 1955 p. 93 et s. ; Sur une notion nouvelle de l'authenticité, *Defrénois*, 1972, art. 30159.

FLOUR (Y.), et GHOZI (A.) Les conventions sur la forme, *in* Le formalisme, Journée en l'honneur de Jacques FLOUR, Association Henri Capitant, Defrénois, 15 août 2000, n° 15-16, p. 911.

FORTIS (E.) et REYGROBELLET (A.), L'absence d'un système cohérent de publicité légale, *in* Publicités légales et informations dans les affaires, sous la direction de A. SAYAG, éd., Litec, 1992,

FOURNIER (A.), Insuffisances et incertitudes en droit de la publicité foncière, *in* mélanges en l'honneur du professeur G. GOUBEUX, éd., LGDJ, 2009, n° 1, p. 155 ; Le pacte de préférence est une promesse unilatérale conditionnelle et ne constitue pas une restriction au droit de disposer devant être publiée au bureau des hypothèques, D. 1994, p. 486.

GHESTIN (J.), Les effets du contrat à l'égard des tiers, *in* Les effets du contrat à l'égard des tiers comparaisons franco-belges, sous la direction M. FONTAINE et J. GHESTIN, éd., LGDJ, 1993, n° 12, p. 19 ; Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, RTD civ. 1994, p. 777.

GOBERT (M.), « La publicité foncière française, cette mal aimée », *in* Etudes Jacques FLOUR, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 207.

HAMEL (V.J.), Le gage sans dépossession du débiteur, D. 1945, Chron., 37.

HAUSER (J.), Le pacte civil de solidarité est-il un contrat consensuel ou un contrat solennel, Defrénois, 30 mai 2001, n° 10, p. 673.

HOVASSE (H.), Valeurs mobilières dématérialisées, JCP N et I, 1998, n° 47, p. 1666.

IVAINER (Th.), Le magnétophone, source ou preuve de rapports juridiques en droit privé, Gaz. Pal. 1966.2.91.

JAMIN (Ch.), Eléments d'une théorie réaliste des contrats réels, *in* Etudes offertes à J. BEQUIN, Droit et actualité, éd., Litec, 2005, n° 9, p. 386.

JEANCLOS (Y.), Formalisme ou consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats, *in* Hommages à G. BOULVERT, éd., La centre d'histoire du droit du LARJEJEPTAE, 1987, p. 333.

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif ? RTD civ, 1985, p. 1 et s.

JOSSERAND (L.), Désolennisation du testament, Chron., D.H. 1932, p. 73

KINSCH (P.), Entre certitude et vraisemblance, le critère de la preuve en matière civile, in *Mélanges en l'honneur du Doyen G. VIEDERKEHR*, éd., Dalloz, 2009, p. 455.

KORNMAN (A.), DAUTRIE De VERNON (Y.), Promesse unilatérale de vente, Publicité foncière et protection du bénéficiaire, *Gaz., Pal.*, 10-11 février, 1989.

LAMIAUX (S.), Conflit entre acquéreurs successifs d'un même immeuble, Retour au purisme de la publicité foncière, *JCP éd., N et I*, n° 13, 2 avril 2010, 1146.

LE BALLE (R.), Des conventions sur le procédé de preuve en droit civil, thèse, Paris, 1923, p. 74.

LECLERCQ (P.), Le nouveau droit civil et commercial de la preuve et le rôle du juge, in *Le droit des preuves légales du défi de la modernité*, Actes du colloque du 24 mars 2000, p. 99.

LECUYER (H.), Des donations échappant au formalisme légal, *Dr. et patr.*, 05/2003, n° 115.

LAGARDE (A.), Les paradoxes du formalisme informatif, in *Mélanges J. CALAIS-AULOY*, *Etudes du droit de la consommation*, éd., Dalloz, 2004, n° 1, p. 597.

LAGARDE (X.), Observations critiques sur la renaissance du formalisme, *JCP éd., G.* 1997.I.170 ; Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil, *RTD. Civ.* 1995, p. 25.

LEGEAIS (D.), Réflexions sur le gage, *JCP.* 1996. I.3897.

LEGER (N.), Enregistrement clandestin et loyauté de la preuve, *JCP éd. G.*2005.II.10025.

LEVENEUR (L.), Classification des contrats : le rétrécissement de la catégorie des contrats réels est engagé, *JCP G* 2000, 30 août 2000, n° 35 ; Double condition délimitant la liberté de preuve en matière commerciale, *JCP éd., E* n° 50 1998, p. 1970 ; La loi du 28 mars 2011 et les mentions manuscrites, *Contrats, conc. consom.*, mai 2011, n° 5.

LEVY (J.-Ph.), Le consensualisme et les contrats des origines au Code civil, *Revue des sciences morales et politiques*, 1995, p. 213 ; Le consensualisme et les contrats des origines au Code civil, *Revue des sciences morales et politiques*, 1995, p. 210.

LUCET (F.), Consensualisme et formalisme, *RJ com.*, 1995, p. 44.

MALAURIE (Ph.), Exposé des motifs, in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, sous la direction de P. CATALA, *La documentation française*, 2006, p. 193.

MALINVAUD (Ph.), L'impossibilité de la preuve écrite, *JCP éd., G.* 1972.I.2468, n° 8.

MASSIP (J.), Vente, *in* Gaz. Pal. 2 avril 2005, n° 92, p. 21.

MAZEAUD (D.), L'impossibilité morale de se procurer une preuve écrite peut découler de l'existence d'un usage professionnel contraire, *Defénois*, 15 septembre 1995, n° 17, p. 1043.

MICHAUD (P.), Acte d'avocat : l'acte de la liberté contractuelle sera-t-il une révolution ? *Gaz. Pal.*, 29 mars 2011, n° 88, p. 11.

MIMIN (P.), La preuve par magnétophone, *JCP G*, 1957. I.1370.

MONSERIE (M.-H.), La publicité du pacte de préférence, *LPA*, 1 mai 1995, n° 5, p. 6.

MOULIGNER (N.), Le contrat réel dans l'évolution du droit des contrats, *Revue de la recherche juridique, Droit perspectif*, 01/09.2004, n° 6, p. 2235 et 2236.

NOGUERO (G.), Charge de la preuve de l'écrit du contrat d'assurance, *RID* 2009.307.

NORMAND (P.-E.), La loi, le contrat et l'acte authentique, *JCP N*, 1990.I.359.

NUYTEN (B.) et LESAGE (L.), Regards sur les notions de consensualisme et de formalisme, *Defrénois*, 1998.

PARLEANI (G.), Un texte anachronique : le nouvel article 109 du Code de commerce, *Chron., D.* 1983.66.

PETIT (B.), La formation successive du contrat de crédit, *in* Le droit du crédit au consommateur, Travaux de la conférence d'agrégation, sous la direction I. FADLALLAH, Litec, éd., 1982, n° 51, p. 128.

PHAN Thanh, Le fonds de commerce et le fond artisanal, *in* 105^e Congrès notaires de France, Propriétés incorporelles, à Lille 17-20 2009, n° 1532 et s.

PONTHREAU (M.-C.), Le droit comparé en question entre pragmatique et outil épistémologique, *RIDC*, 2005, p. 9.

RAYNAUD (J.), Le tiers au pays du droit d'auteur, Publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique, *JCP éd.*, G.1999.I.138, n° 7.

REBOURG (M.), La preuve de l'engagement par volonté unilatérale, *RRJ*, 2004-4, p. 1405, n°12 et s.

RIEG (M.- A.), Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français, *in* Les modes non formels d'expression de la jurisprudence générale de la volonté, éd., Dalloz, 1972, p. 41.

SACCO (R.), Un cryptotype en droit français : la remise abstraite ? *In* Mélanges R. Rodière, Dalloz 1981, p. 273 et s.

SAVATIER (R.), Usage et avenir de la publicité foncière : D. 1959, chron., p. 221.

SINAY-CYTERMANN (A.), Protection ou surprotection du consommateur, JCP éd., G. 1994.I.3804.

TENDLIER (R.), La publicité foncière française face à l'harmonisation européenne, JCP, 1991.I.3544 ; **TENDLER (R.)**, Le don manuel : une institution anachronique ?, D., 1989, Chron., p. 245.

TESTU (F.-X.), Les glossateurs, Regards d'un civiliste, RTD Civ. 1993, p. 279 et s.

THERY (Ph.), Les finalités du droit de la preuve en droit privé, *in* Droit, n° 23, La preuve, éd., PUF, 1996, p. 43.

TONNLIER (M.-H.) et DUPUIS-TOUBOL (F.), Le commerce électrique vaut bien une réforme du droit de la preuve, JCP E, 1998 p. 2012.

VAROCLIER (J.), L'acte d'avocat : *much ado about nothing* ? Gaz. Pal., 28 juin 2011, n° 179, p. 14 ;

VERHEYDEN-JEANMART (N.), **JOLY (N.)**, L'opposabilité des contrats à l'égard des tiers et assimilés, *in* Les effets du contrat à l'égard des tiers, Comparaisons franco-belges, *op. cit.*, n° 9, p. 226.

VIATTE (J.), La preuve des actes juridiques, Commentaire de la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, Gaz. Pal. 1980.2.581.

WITZ (C.) « L'influence des codifications nouvelles sur le Code civil de demain », *in* Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz-Litec 2004, p. 701.

ZAKI (M.-S.), Le formalisme conventionnel, Illustration de la notion de contrat-cadre, Revue RIDC, 04/1984, p. 1043.

B. En droit vietnamien

GUEYFFIER (R.), Du Dia Bo de MINH MANG au livre foncier de Cochinchine, *in* Recueil Législation, Doctrine et jurisprudence, 1928, t. 32., p 3.

GUEYFFIER (R.), Le livre foncier de Cochinchine, *in* Recueil législation, doctrine jurisprudence, 1928, tome, 32, p. 6. et s.

Ministère de la justice, Rapport sur le projet portant réforme du Code civil vietnamien, n° 14/TP-PLDSKT du 8 juillet 2004, p. 8.

NGUYEN Van Cuong, Nullité de l'acte de la vie civil en cas d'inobservation de la forme légale, Revue de la Cour populaire, n° 1/2002, p. 29 et s.

PENANT (D.), La question foncière en annam-tonkin, Recueil Penant, 1908, p. 33 et s.

PHAM Hoang Giang, l'influence de la condition de forme sur la validité du contrat, Revue de l'Etat et du droit, n° 03/2007, p. 48 ; **PHAM Van Cuong**, *art. cit.*, p. 29.

PHAN Tan Phap, La nullité de l'acte de la vie civile et ses conséquences en cas d'inobservation de la forme légale, Revue de la Cour populaire, n° 6/2002, p. 29.

IV. Notes de jurisprudence

A. En droit français

AUBERT (J.-L.),

- obs. sous Cass. 3^e civ. 22 février 1977, Bull. civ. III, n° 91, Defrénois 1977. 1262 ;
- obs. sous Cass. 1^e civ., 28 mars 2000, n° 97-21.422, Bull. civ. I., n° 105, Defrénois 2000, p. 720 ;
- note sous Cass. 3^e civ., 7 février 1990 : Bull. civ. 1990, III, n° 40, Defrénois 1991, p. 550 ;
- note sous Civ, 1^e, 27 janvier 1993 : Bull. civ. I, n° 39, Defrénois 1993.730. note sous Civ. 3^e, 13 février 1991: Bull. civ. III, n° 58, Defrénois 1991. 1264.

AYNES (L.),

- obs. sous Cass. 3^e civ., 7 avril 1993 : Bull. civ. 1993, III, n° 55, Defrénois 1993, art. 35617, n° 104 ;
- note sous Cass. 3^e civ. 7 janvier 1987 : Bull. civ. III, n° 4 ; Gaz. Pal. 1987, 1, p. 219, Defrénois, 1987, art. 34120, p. 1490, n° 112 ;
- obs. sous Civ. 3^e, 11 juin 1997, Defrénois 1997, art. 36703, p. 1431.

BECQUE (G.) et CABRILLAC (H.),

- obs. sous Cass. com. 18 mars 1959, Bull. civ. III, n° 148, RTD com. 1959 ;
- obs. sous CA Orléans, 6 mars 1963, JCP 1964. II. 13618, RTD com. 1964. 367.

BILLIAU (M.), note sous Civ. 1^e Bull. civ. I, n° 259 ; 10 janvier 1995, JCP N 1995.II.1006.

BOIZARD (M.), note sous Civ. 1^e, 24 juin 1981: Bull. civ., I, n° 233; R., p. 49; D. 1982. 397.

BONNEAU (T.), obs. sous Cass. com. 3 avril 2002 [n° 98-15.193, Bull. civ. IV, n° 65, RJDA 8-9/2002, n° 930, Banque et droit, juillet-août 2002, p. 44.

BRUSCHI (M.), note sous Cass. 1^e, civ., 27 mai 1998, Bull.civ. I ; n° 267 ; D., 1999, jurisprudence, p. 194.

CABRILLAC (H.) et RIVES-LANGE,

- obs. sous Cass. com., 10 février 1971 : Bull. civ. IV, n° 42 ; RTD com. 1972, p. 126 ;

- obs. sous Cass. com., 7 novembre 1979 : Gaz. Pal. 1980, RTD com. 1980, p. 115.

CASEY (J.), note sous Civ. 3^e, 11 juin 1997, JCP éd., G. 1998.II.10055.

CHAMPENOIS (G.), obs. sous Cass. 3^e, civ. 29 mai 2002 : Bull. civ. III n° 118 ; Defrénois, 2002, art. 37611, n° 81.

CHAPUT (Y.), obs. sous Cass. com. 28 janvier, 1997, Bull. civ. IV, n° 35, Dalloz Affaires 1997. 382, Dr. sociétés 1997.

CHARTIER (Y.),

- note sous Civ. 1^e, 14 février 1995, JCP 1995. II. 22402 ;
- note sous Civ. 1^e, 27 novembre 2001 : Bull. civ. I, n° 297 ; D., 2002, p. 119.

CHARTIER (Y.),

- note, sous Civ. 1^e, 27 novembre 2001 : Bull. civ. I, n° 297 ; D., 2002, p. 119;
- note sous Civ. 1^e, 14 février 1995, JCP 1995. II. 22402.

CHEVALLIER (J.), obs. sous Civ. 1^e, 11 juillet 1955 : Bull. civ. I, n° 294 ; 8 août 1967 : ibid. I, n° 106 ; RTD civ. 1968. 147.

CREDOT (F.-J.) et GERARD (Y.), obs. sous Cass. 1^e civ. 10 juillet 1996, Bull. civ. I, n° 312, RD bancaire et bourse 1996. 236.

CROCQ (P.),

- obs. sous Cass. com. 28 janvier, 1997, Bull. civ. IV, n° 35, RTD civ. 1998. 705 ;
- obs. sous Cass. 1^e civ. 10 juillet 1996, Bull. civ. I, n° 312, RTD civ. 1996. 955.

DAGOT (M.),

- note sous Civ. 1^e, 28 novembre 1972 : JCP G 1973.II.17461 ;
- note sous Cass. 1^e civ., 12 nov. 1975 : JCP N 1976, II, 18359 ;
- note sous Cass. 3^e civ. 22 février 1977, Bull. civ. III, n° 91, JCP, éd., G. 1979.II. 19223.

DELEBECQUE (Ph.) et SIMLER (Ph.), note sous Cass. 3^e civ., 7 avril 1993 : Bull. civ. 1993, III, n° 55, RD imm. 1993, p. 402.

DELEBECQUE (Ph.),

- obs. sous Cass. 1^e, civ., 27 mai 1998, Bull. civ. I ; n° 267, Defrénois, 1998, p. 1054 ;

- obs. sous Cass. 1^e civ., 28 mars 2000, n° 97-21.422, Bull. civ. I., n° 105, D. 2000, somm., p. 358 ;
- obs. sous Cass. com. 28 janvier, 1997, Bull. civ. IV, n° 35, JCP 1997. I. 4033, n° 19; note sous Cass. Com. 21 juin 1988, JCP 1989. II. 21170.

E.C. obs. sous Cass. com. 3 avril 2002 n° 98-15.193, Bull. civ. IV, n° 65, LPA., 11 septembre 2002, p. 7.

FREDERIC (N.), note sous Cass. 1^e civ., 30 mai 2000, JCP N et I, 2002.1207.

GAVALDA (Ch.),

- note sous CA Orléans, 6 mars 1963, JCP 1964. II. 13618 ;
- note sous Cass. 1^{re} civ. 8 novembre 1989, D. 1990. 369.

GOURIO (A.), note sous Civ. 3^e, 11 juin 1986, D. 1987. 285.

HASSLER (Th.),

- obs. sous Civ. 1^e, 16 juillet 1986, D. 1987, som. Com., p. 366;
- obs. sous CA de Paris, 22 février 1991, D. 1992, som. Com., p. 75.

IVAINER (T.), note. sous Cass. 1^e civ., 15 juill. 1975 : Bull. civ. 1975, I, n° 241 ; JCP G 1976, II, 18414.

JAMIN (Ch.), note sous Com. 21 janvier 2004, Bull. civ. IV, n° 13 ; D. 2004. 1149.

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.),

- obs. sous Cass. 1^e, civ., 27 mai 1998, Bull.civ. I ; n° 267, D., somm. p. 28 ;
- obs. sous Cass. 1^e civ., 28 mars 2000, n° 97-21.422, Bull. civ. I., n° 105, D. 2001, p. 1615.

LECUYER (H.), note sous CA de Paris, 16 février 1999 : Juris-Data n° 022860, Droit de la famille, n° 9, septembre 1999, p. 18.

LEGEAIS (D.), obs. sous Com. 21 janvier 2004, Bull. civ. IV, n° 13, RTD com. 2004.352.

LEVENEUR (L.),

- note sous Cass. 1^e civ., 30 oct. 2008, n° 07-20.001, F-D, CNP Assurances X et A : JurisData n° 2008-045637; Contrats, conc. consom. 2009, comm. 1 ;

- obs. Cass. 3^e civ., 2 octobre 2002 : Contr. Consum. 2003, comm. n° 23; obs. sous Cass. 1^e civ., 28 mars 2000, n° 97-21.422, Bull. civ. I., n° 105, Contrats, conc., consomm. 2000, comm. 106 ;
- note sous Civ, 1^e, 27 janvier 1993 : Bull. civ. I, n° 39, JCP N 1993.II.256.

LIBCHABER (R.), obs. sous Civ. 1^e, 27 novembre 2001 ; Bull. civ. I, n° 297, Defrénois 2002, p. 259.

LIENHARD (A.), obs. sous Cass. com. 15 mars 2005, Bull. civ. IV, n° 60, D. 2005, AJ 890.

LOCHOUARN (Y.), obs. sous Cass. 1^e civ., 28 mars 2000, n° 97-21.422, Bull. civ. I., n° 105, JCP N 2000, p. 1270.

MALAURIE (Ph.), note sous Civ. 3^e, 16 juillet 1974, D. 1974. 681 ; Cass. 3^e civ. 22 février 1977, Bull. civ. III, n° 91 ; D. 1978.165

MESTRE (J.) et FAGES (B.), obs. sous Civ, 1^e, 21 février 2006 : Bull. civ. I, n° 93, RTD civ. 2006. 768.

MESTRE (J.),

- note sous Civ. 1^e, 16 janvier 1985 : Bull. civ. I. n° 24 ; RTD civ. 1986. 758 ;
- obs. sous Cass. 1^e civ., 25 janvier 1989 : Bull. civ. 1989, I, n° 41 ; RTD civ. 1990, p. 79;
- obs. sous Civ. 1^e, 13 janvier 1993 : Bull. civ., I, n° 16, RTD civ. 1994. 610 ;
- note sous Civ, 1^e, 14 février 1995, D. 1995. 340, RTD civ. 1996. 174 ;
- obs. sous Cass. 3^e civ. 23 avril 1997, Bull. civil. III, n° 88, RTD civ. 1998.106.

MIMIN (P.), note sous Cass. civ., 10 juillet 1945 : D. 1946, jurispr. p. 181.

PASCAL (L.), note sous Cass., 3^e civ., 13 décembre 2000, D., 2001.2154.

PIEDELIEVRE (S.),

- note sous Civ. 1^e, 14 février 1995: D. 1995. 340 ;
- note sous Cass. 1^e, civ., 27 mai 1998, Bull.civ. I ; n° 267, Defrénois, 1999, p. 21 ;
- note sous Cass. 1^e civ., 28 mars 2000, n° 97-21.422, Bull. civ. I., n° 105, D. 2000, p. 482.

PIZZIO (J.-P.), obs. sous Cass. 1^e civ., 27 mai 1998, Bull.civ. I ; n° 267, D., 2000, somm. p. 50.

REMY (Ph.), obs. sous Cass. 1^e civ., 20 juillet 1981 : Bull. civ. 1981, I, n° 267 ; RTD civ. 1982, p. 427.

SAINTE-ROSE (J.), concl. sous Cass. 1^e civ., 28 mars 2000 : Bulletin, civ. 2000, I, n° 105 ; JCP 2000, II, 10296.

SALATI (O.), note sous Cass. com., 21 janvier 2004 : Juris-Data n° 2004-022000, JCP N et E, n° 18,, 29 avril 2004, 649.

SCHMIDT (J.), note sous Civ. 3^e, 14 janvier 1987, D. 1988. 82.

SIMLER (Ph.),

- note sous Civ. 1^e, Com. 26 juin 1990 : Bull. civ. IV, n° 275-277 ; JCP 1992. II. 21923 ;
- note sous Cass. 1^e civ., 20 octobre 1993, JCP 1994.II.22351 ;
- obs. sous Cass. 3^e civ., 7 avril 1993 : Bull. civ. 1993, III, n° 55, JCP G 1993, I, n° 3717.

SIZAIRE (D.), obs. sous Cass. 3^e civ., 13 décembre 2000 : Bull. civ. III, n° 191, Constr.-Urb. 2001, n° 27.

STEMMER (B.), note sous Civ. 3^e, 5 décembre 1978, Bull. civ. III, n° 361, p. 277 ; JCP N 1979. II. 149.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), obs. sous Cass. 1^e civ., 7 mars 2006, n° 02-20.374, Bull. civ. I, n° 138, Dr. & patr. 2006, n° 152, p. 90.

VASSEUR (T.),

- note sous Civ. 1^e, 24 juin 1981, JCP 1982. II. 19713 ;
- note sous Civ. 1^e, 21 février 2006 : Bull. civ. I, n° 93 ; D. 2007. Pan. 1906 ;
- note sous Cass. 2^e civ., 2 février 1983 : D.S. 1983, *inf. rap.* 470. notes sous Civ. 1^e, 24 juin 1981: Bull. civ., I, n° 233; R., p. 49, JCP 1982. II. 19713.

VIRASSAMY (G.), note sous Cass. Civ., 1^e, 8 novembre 1989, JCP éd., G, 1900.II.21576.

VOIRIN (P.), note sous Cass. 1^e civ., 11 juillet 1960 : Bulletin, civ. I, n° 382 ; D. 1960, p. 702.

B. En droit vietnamien

Arrêt n° 1145/2005/DS-PT du 06 juin 2005 de la Cour de la Ville de Ho Chi Minh.

Arrêt n° 15/DSPT du 11 novembre 2003 de la Cour de la province de Vinh Long.

Arrêt n° 152/ 2006/ DS-GDT, de la Chambre civile de la Cour populaire suprême, le 18 juillet 2006.

Arrêt n° 198/GDT-DS, 1^o Civ., de la Cour populaire suprême, 12 novembre 2003.

Arrêt n° 62/ DSPT, de la Cour populaire de la province de TRA VINH, 7 mai 2004.

Cour d'appel de Khanh Hoa, n° 245, le 15 juillet 2005.

Décision n° 01/2003/NQ-HDTP en date du 16 avril 2003, définissant quelques dispositions légales dans les résolutions des litiges civils et familiaux du conseil des magistrats de la Cour suprême populaire, titre I.

Décision n° 772 /CT-TATC du 10 juillet 1959 de la Cour suprême populaire.

Index alphabétique

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Acte authentique

- finalité, 62 et s., 249, 254, 255.
- notion, 102 et s.,
- supériorité, 252.

Acte d’avocat, 251.

Acte sous seing privé, 15 et s.,

- finalité, 62 et s., 250, 255, 251 et s.
- notion, 108 et s.,

Acte sous seing privé déposé aux rangs d’un acte authentique, 86, 87.

Autorisation, 56, 70 et s.,

Aveu, 219, 235, 239, 243.

B

Brevets,

- cession, n° 109, 195, 350, 384.

C

Commencement de preuve par écrit, 276 et s.

Confirmation,

- notion, 133, 134,
- preuve, 188.

Consensualisme, 1, 14, 21, 37-42, 87, 94.

Copie, 308, 309, 310.

Contrat d’assurance, 94, 109, 241, 243.

Contrat de crédit à la consommation, 173, 174, 175.

Contrat de mariage

- forme, 22, 45, 55,
- publicité, 322, 356.
- nullité,

Contrat réel, 145 et s.

- contestation, 148 et s.
- justification, 182 et s.
- notion, 145.
- objet, 192 et s.
- promesse, 200 et s.

Contrat solennel, 49 et s.

Contrat de travail, 72, 109, 223.

Conversion par réduction, 248.

Crédit immobilier, 173, 174.

D

Date, 57, 106, 107, 112.

Dépôt, 151, 152, 154, 187, 192, 194, 195, 196, 206.

Donation, 22, 23, 57, 63.

- déguisée, 90
- indirecte, 90,

Don manuel

- contrat réel, 145, 168 et s.

Double original, 249.

Droit romain

- formalisme rituel, 15 et s.
- remise de la chose, 15.

E

Ecrit, 15, 43 et s.

- V., acte authentique, acte sous seing privé, l'acte d'avocat.

Enregistrement, 56, 77, 103, 320, 327.

Equivalent fonctionnel, 89 et s., 204.

Extériorisation de la volonté

- contrat consensuel, 55
- contrat réel, 199- 202.
- contrat solennel, 55 et s.

F

Fonction, V. Finalité,

Force probante, 211, 213, 248-251.

Formalités informatives, 111 et s.

Formalités de contrôle, 75 et s.

Formalités habilitantes, 70 et s.

Formes probatoires, 211 et s.

Formes publicitaires, 312 et s.

Formes convenues, 96- 99.

H

Hypothèque conventionnelle, 22, 45, 57, 87, 104, 124.

I

Impossibilité de prouver par écrit, 290 et s.

Inopposabilité, 361 et s.

L

Lettre de change, 91.

Location-gérance

- publicité, 321, 346, 355, 377.

M

Mentions obligatoires

- date, 112.
- lieu, 113.
- objet, 114, 115, 116.

N

Nullité

- absolue et relative, 123-126.
- détermination, 120- 122
- régime, 127 et s.

P

Promesse

- contrat réel, 187,
- contrat solennel, 85, 86.

Prescription, 125, 136, 137, 387.

Preuve, V. 211 et s.

S

Sanction, V. Nullité.

- inopposabilité, 361 et s.
- irrecevabilité, 256 et s.

Subrogation conventionnelle, 22, 55, 63, 86, 104.

T

Tiers, 65, 130, 122 et s, 362 et s.

V

**Vente de fonds de commerce, 320, 355,
375, 377.**

Table des matières

Introduction	10
I. Présentation du sujet de la thèse	10
II. Présentation de l'intérêt de la thèse	12
III. Présentation des termes utilisés	14
IV. Présentation du plan de la thèse	16
Chapitre préliminaire : l'évolution du formalisme en droit des contrats ...	17
Section I. L'histoire du formalisme du contrat en droit français	18
1. Le formalisme rituel de l'ancien droit romain	18
2. L'érosion du formalisme rituel du droit romain ultérieur	20
3. Le retour au formalisme rituel de l'ancien droit français	22
4. Le formalisme : une exception au consensualisme	24
Section II. L'histoire du formalisme du contrat en droit vietnamien	30
1. Les caractéristiques de l'ancien droit vietnamien	30
2. Le triomphe du principe du consensualisme dans l'ancien droit vietnamien ..	36
3. Le formalisme, exception au consensualisme dans l'ancien droit vietnamien.	38
Partie 1. Le formalisme accentué.....	44
Chapitre 1. Les contrats solennels	45
Section I. La notion de forme solennelle.....	46
§ 1. Les rapports entre la forme solennelle et le consentement	47
A. Le fondement de la forme solennelle	48
1. La forme solennelle requise pour l'extériorisation du consentement	48
2. Les finalités de la forme solennelle.....	53
B. Les formalités étrangères à l'extériorisation du consentement	59
1. Les formalités habilitantes	60
2. Les formalités de contrôle	62
§ 2. Le caractère impératif de la forme solennelle	68
A. La forme solennelle est irremplaçable.....	68
1. L'absence d'équivalence possible	68
2. Le formalisme de substitution	71
B. L'identification d'une forme solennelle	75
1. L'interprétation de la forme solennelle	75
2. La forme convenue	77
Section II. Le régime juridique du contrat solennel	81
§ 1. Les diverses formes solennelles	81
A. L'acte authentique	82
B. L'acte sous seing privé	86
C. Les mentions obligatoires	88
1. Les mentions de la date et du lieu de formation.....	89
2. Les mentions relatives à l'objet du contrat.....	90
§ 2. La sanction de l'inobservation de la forme solennelle.....	92
A. La détermination de la sanction.....	93
1. L'inexistence ou la nullité	93
2. La nullité absolue et la nullité relative	95
B. Le régime de la nullité	98
1. L'action en nullité	98

2. Les effets de la nullité	106
Chapitre 2. Les contrats réels.....	112
Section I. La conception traditionnelle du contrat réel	114
§ 1. L’admission du contrat réel	114
A. Les textes du code civil	114
B. La tradition réelle.....	116
§ 2. Le rejet du contrat réel.....	119
A. Les observations critiques	119
B. Les solutions pratiques	121
Section II. La conception moderne du contrat réel	125
§ 1. L’évolution des contrats réels	125
A. Le contrat de don manuel	126
B. Le contrat de prêt d’argent.....	129
C. Le contrat de gage.....	133
§ 2. Le récapitulatif du contrat réel.....	138
A. La remise de la chose	139
1. La notion de la remise	139
2. Les effets de la remise	143
B. Les finalités de la remise	150
1. La remise détermine le consentement	150
2. La protection des contractants.....	152
Partie 2. Le formalisme atténué	156
Chapitre 1. Les formes probatoires	157
Section I. Les règles de principe	160
§ 1. Les conditions de la preuve préconstituée	160
A. La portée des règles de preuve écrite	160
1. Le domaine de la preuve préconstituée	160
2. Les limites de l’application de la preuve préconstituée	164
B. L’objet de la preuve préconstituée.....	169
1. L’objet des preuves littérales par l’article 1341 du Code civil	169
2. L’extension de l’objet de la preuve préconstituée par des textes spéciaux ...	175
§ 2. La mise en œuvre de la preuve préconstituée.....	178
A. L’écrit instrumentaire	178
1. Les types d’écrit instrumentaire	178
2. Les finalités de l’écrit instrumentaire.....	182
B. L’interdiction de prouver par témoins et présomptions contre et outre l’acte... 184	
1. La preuve contre le contenu de l’acte juridique	184
2. La preuve outre le contenu aux actes	190
Section II. Les règles d’exception	192
§ 1. La liberté de la preuve en matière commerciale	193
A. Les actes juridiques purement commerciaux	194
B. Les actes mixtes.....	197
§ 2. L’existence d’un commencement de preuve par écrit.....	199
A. L’existence d’un écrit.....	199
1. Les écrits au sens original du terme	199
2. Les écrits par assimilation	203
B. L’origine de l’écrit.....	206
1. L’écrit émane de la personne à laquelle il est opposé	206

2. L'écrit émane du représentant	207
C. La pertinence de l'écrit	209
§ 3. L'impossibilité de produire un écrit.....	211
A. L'impossibilité de rédiger un écrit	211
1. L'impossibilité matérielle de rédiger un écrit	211
2. L'impossibilité morale de rédiger un écrit	212
B. L'impossibilité de présenter un écrit	218
1. La perte de l'écrit fortuitement.....	218
2. L'existence d'une copie fidèle et durable de l'original détruit	221
Chapitre 2. Les formes de publicité.....	225
Section I. La notion de forme de publicité	227
§ 1. Les caractères de la forme de publicité.....	227
A. La forme de publicité est une condition d'opposabilité	227
1. La publicité est une condition d'opposabilité pour les auteurs directs	228
2. La publicité est une condition d'opposabilité d'ordre.....	232
B. Les publicités qui ne sont pas envisagées en tant que forme de publicité.....	234
1. Les publicités obligatoires dont le défaut n'affecte pas l'efficacité de l'acte juridique	234
2. Les publicités facultatives	237
§ 2. Les fonctions de la forme de publicité.....	240
A. Le formalisme publicitaire dans son rôle d'information	240
1. La publicité par voie de presse	240
2. La publicité par voie de registre public	243
B. Le formalisme publicitaire dans son rôle de protection	248
Section II. La sanction de l'inobservation de la forme de publicité.....	251
§ 1. L'inopposabilité aux tiers de l'acte non publié	252
A. Les règles générales de la détermination des tiers.....	252
B. Les règles spéciales de détermination de tiers	254
1. La détermination de tiers en matière de publicité foncière	255
2. La détermination de la qualité de tiers en matière de publicité de la cession et de la location-gérance du fonds de commerce	261
§ 2. Les limites à l'inopposabilité de l'acte juridique non publié	263
A. La mauvaise foi des tiers écarte la sanction de l'inopposabilité	263
B. Les autres circonstances permettant d'échapper à la sanction de l'inopposabilité	267
Conclusion générale	270
Bibliographie.....	272
Index alphabétique.....	295